Die
Übertragung des mittelbaren Besitzes

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt

von

WIARD RELOTIUS
geprüfter Rechtskandidat

ACAD.
LUGD. BAT.
BIBL.

Rostock
Rats- und Universitätsbuchdruckerei Adlers Erben, G. m. b. H.
1907

Referent: Professor Dr. Bernhöft.

Literaturverzeichnis.

Affolter, Über Zession von Forderungen. (Im Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 13.)

Aravantinos, Über die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung. (In Jherings Jahrb. f. Dogmatik . . . Bd. 48.)

Bähr, Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich. (In Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 30.)

Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre des B. G. B. (In Gruchots Beitr. zur Erl. d. dtsch. R., Bd. 42.)

Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen, in Jherings Jahrb., Bd. 34.

Bernhöft, Das Bürgerl. Recht. (In Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtsw.) 1901.

Biermann, Das Sachenrecht des B. G. B., 2. Auflage 1903.

Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen nach dem B. G. B.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechtes 1900.

Cosack, In Bekkers und Fischers Beiträgen, Heft 13.

Cretschmar, Das Bürgerl. Recht 1902.

Crome, System des Bürgerl. Rechts 1900.

Denkschrift zum Entwurf eines B. G. B., Berlin 1896.

Dernburg, Pandekten, 7. Auflage 1902.

Dernburg, Lehrb. des Preuß. Privatrechts.

Dernburg, Das Bürgerl. Recht des Dtsch. R. und Pr.

Endemann, Lehrb. des Bürgerl. Rechtes 1905.

Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerl. Recht 1901.

Fischer u. Henle, Handausgabe des B. G. B.

Fleck, Der Bote. (Im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 15).

Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heut. g. Pr. Privatrechts 1887.

Gaertner, Der gerichtl. Schutz gegen Besitzverlust nach Röm. und neuerem Dtsch. Recht (In Stud. z. Erl. d. B. R., ed. Leonhard, Heft 1—4).

Gierke, Der Entwurf eines B. G. B.

Gierke, Deutsches Privatrecht 1905.

Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem B. G. B., Jena 1897.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerl. Gesetzbuch.

Grützmann, In Krit. Vierteljahrsschr., Bd. 41.

Jherings Jahrbücher f. Dogmatik . . . Bd. 27 u. 31.

Klein, Der mittelbare Besitz des B. G. B., Diss. Bonn 1899.

Kniep, Der Besitz des B. G. B., Jena 1900.

Kohler, Vertrag und Übergabe. (Im Archiv f. Bürgerl. Recht, Bd. 18.)

Krahe, Der Besitzschutz nach dem B. G. B., Diss. Erlangen 1899.

Levy, Voraussetzungen des gutgläubigen Fahrniserwerbs, nach § 932—936 des B. G. B. und §§ 366, 367 des H. G. B. Diss. Freiburg 1903.

Leonhard, Vertretung b. Fahrniserwerb.

Matthiass, Bürgerl. Recht, 3. Auflage 1901.

Meilhaus, Eigentumserwerb nach dem allg. dtsch. H. G. B., Art. 306, 307 und dem B. G. B, §§ 932 bis 936, Diss. Erlangen 1901.

Meißner, Kommentar zum dtsch. B. G. B. 1898.

Motive zum Entwurf eines B. G. B., Berlin und Leipzig 1888.

Neuburger, Eigentumserwerb durch Anspruchsabtr., Diss. Tübingen 1901.

Nord, Die rechtl. Natur der Besitzübertragung im Recht d. B. G. B., Diss. Rostock 1903.

Örtmann, Das Recht der Schuldverhältnisse 1899.

Planck, Kommentar zum B. G. B. 1902.

Protokolle der Kommission f. d. 2. Lesung des Entwurfs eines B. G. B. 1898.

Reichsgericht, Entscheidungen in Civilsachen, Bd. 5.

Reichsoberhandelsgerichts Entscheidungen des (R. O. H. G.) Bd. 11.

Schoen, Ist die Eigentumsklage des B. G. B. nur gegen den unmittelbaren oder auch gegen den mittelbaren Besitzer gerichtet? Diss. Freiburg 1899.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse 1900.

Staudinger, Kommentar z. B. G. B., Sachenrecht, erl. von Kober 1903.

Strohal, Der Sachbesitz nach dem B. G. B. in Jherings Jahrb., Bd. 38.

Thoma, Bedeutung des Besitzwillens im Besitzrecht d. B. G. B. Diss. Freiburg 1900.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht 1902 und 1903.

Verhandlungen des 24. Juristen-Tages, Gutachten v. Gierke und Wendt.

Weidemann, Der mittelbare Besitz d. B. G. B., Diss. Berlin 1902.

Wendt, Der mittelbare Besitz d. B. G. B. (Im Archiv f. ziv Praxis, Bd. 87.)

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandekten-Rechtes 1901.

Inhaltsübersicht.

I. Das Wesen der Übertragung des mittelbaren Besitzes.

§ 1. Entstehungsgeschichte.
§ 2. Charakter des Anspruchs auf Herausgabe.
§ 3. Das Abtretungsgeschäft.
§ 4. Die Wirkung der Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe.
§ 5. Die rechtliche Stellung des unmittelbaren Besitzers.
§ 6. Die juristische Konstruktion der Übertragung des mittelbaren Besitzes.

II. Die Fälle der Übertragung des mittelbaren Besitzes in:

§ 931.
§ 934, Satz 1.
§ 1205, Abs. 2.

I. Das Wesen der Übertragung des mittelbaren Besitzes.

§ 1.

Entstehungsgeschichte.

Die im § 870 B. G. B. normierte Übertragungsart des mittelbaren Besitzes verdankt ihre Entstehung erst der zweiten zur Beratung eines „Bürgerlichen Gesetzbuches" eingesetzten Kommission. Der erste Entwurf kennt eine derartige Übertragung des mittelbaren Besitzes noch nicht; er fordert vielmehr gemäß § 804 für die Tradition des Besitzes an Sachen, die sich nicht in des Tradenten unmittelbarer Inhabung sondern in der geschützten Inhabung eines anderen befinden, 1) die Anweisung des bisherigen Besitzers an den Inhaber, die tatsächliche Gewalt fortan für den Dritten auszuüben, 2) die dem bisherigen Besitzer oder dem Inhaber gegenüber erfolgende Erklärung des Besitzwillens seitens des Dritten und 3) die Nichtausübung des Widerspruchsrechtes seitens des Angewiesenen, das ihm unverzüglich nach dem Empfange der Anweisung zusteht. Diese Konstruktion der Besitzübergabe verdient indessen keine Billigung. Denn es besteht hier das sonderbare Verhältnis, daß der

Übergang des Besitzes nicht nur von dem Willen des Besitzers und des Erwerbers, sondern auch von dem des Inhabers der Sache abhängig gemacht wird. Sodann läßt der Gesetzgeber dem Inhaber, falls er nicht rechtzeitig widerspricht, die ihm aus dem Rechtsverhältnisse dem früheren Besitzer gegenüber zustehenden Einwendungen verlieren[1]), m. a. W., der Dritte erlangt einen selbständigen und durch keine bisherigen Schranken gebundenen Besitz, vermöge dessen er den Inhaber jederzeit der Inhabung entsetzen kann. Man hatte allerdings auch zur Erleichterung der Besitzübergabe den Weg erwogen, den das Preußische A. L. R.[2]) bereits eingeschlagen hatte. Das Preußische A. L. R. läßt den Besitzübergang durch Anweisung schon in dem Augenblicke erfolgen, in dem der neue Besitzer die ihm bekannt gemachte Anweisung annimmt[3]); wir haben es hier also mit einem Besitzerwerb zu tun, der unabhängig davon ist, ob der Inhaber der angewiesenen Sache von der Anweisung eine Mitteilung erhalten hat.

---

[1]) Motive, Bd. III. S. 96.

[2]) A. L. R. I, 7 §§ 66—69.

[3]) So nach der herrschenden Meinung, wonach der Besitzübergang sich mit der Annahme der Anweisung durch den Erwerber, nicht erst mit der Mitteilung an den Angewiesenen vollzog. (Dernburg, Preußisches Privatrecht I, S. 365; Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen Preußischen Privatrechts III, S. 49; Kohler, Archiv für Bürgerl. Recht XVIII, S. 87; R. G. 5, S. 186; R. O. H. G. XI, S. 24.)

Die Kommission konnte sich jedoch nicht entschließen, diesen Weg zu betreten, namentlich wurde dagegen ins Feld geführt, daß in der Rechtslage des Inhabers eine Änderung eintreten könne, die für denselben von schwerwiegenden Folgen sein würde. Da die Unterwerfung unter die Anweisung, so sagen die Motive[1]), unter Umständen für die Rechte des angewiesenen Inhabers einschneidende Folgen habe, so dürfe man die bezeichnete Änderung in der Rechtslage des Inhabers nicht gegen den Willen desselben eintreten lassen. Die Bedenken, welche die Motive inbetreff der Rechtslage des Inhabers aufgestellt haben, sind allerdings schwerwiegender Natur, aber schon im Handelsrecht[2]) findet sich eine Besitzübergabe von Sachen, die sich nicht in der unmittelbaren Inhabung des Tradenten befinden, ohne daß eine Mitwirkung des Inhabers nötig, oder ein Widerspruch desselben zulässig wäre. Wie sich die Kommission das Verhältnis ihres § 804 zu den handelsrechtlichen Vorgängen gedacht hat, darüber geben uns die Motive zum Entwurf nicht den geringsten Aufschluß. Man könnte nun einwenden, die rechtliche Natur dieser

---

[1]) Motive III, S. 96.

[2]) H. G. B. läßt bei den sogen. Traditionspapieren (Konnossement, Ladeschein, Lagerschein) den Besitz schon mit der Tradition des ordnungsmäßig indossierten Papieres auf denjenigen übergehen, der durch den Schein zur Empfangnahme des Gutes legitimiert wird. (Strohal, Jherings Jahrb. XXXI, S. 41; Dernburg, Pandekten I, § 178).

Papiere habe die Übertragung des Besitzes in dieser Form ermöglichen lassen. Hiergegen muß mit Strohal[1]) bemerkt werden, daß die Natur dieser Papiere nicht den Ausschlag habe geben können, den Besitz schon mit der Übergabe des Papiers ohne eine Mitwirkung des Inhabers der Sache an den Erwerber übergehen zu lassen; denn wenn auch die besondere Natur derselben nach verschiedenen Richtungen hin von entscheidendem Einflusse ist, so wird doch durch sie an dem Wesen des mittelbaren Besitzes nichts geändert.

Das Hülfsmittel, das der Entwurf I dem Inhaber an die Hand gibt, dürfte kaum auf praktische Verwendbarkeit Anspruch machen. Es sei nur auf die Auslassungen von Bähr[2]) hingewiesen, der ausführt: „Kann wohl ein gewöhnlicher Mensch, der eine fremde Sache zu eigenem Rechte inne hat, ahnen, daß, wenn er auf die Nachricht von dem Verkaufe der Sache nicht widerspricht, dies für ihn die Folge hat, daß der Käufer kommt und ihm die Sache abnimmt? Was wird denn nun ferner aus der Sache, wenn der Inhaber widerspricht? Nach dem Entwurf wird der Käufer dann nicht Besitzer. Bleibt denn nun aber der Verkäufer Besitzer, obgleich er gar keinen Besitz haben will?“ Es kann nicht Wunder nehmen, daß von vielen Seiten an derartigen gesetzgeberischen Motiven mit scharfen Worten Kritik

---

[1]) Strohal, Jherings Jahrb. XXXI, S. 42.

[2]) Bähr, Kritische Vierteljahrsschrift XXX, S. 498 ff.

geübt worden ist; es sei nur noch auf die einschlägigen Auslassungen von Gierke[1]), Cosack[2]) und Strohal[3]) aufmerksam gemacht.

Den Standpunkt der ersten Kommission hat die zweite aufgegeben, und Entwurf II[4]) enthält bereits die Übertragung des mittelbaren Besitzes des § 870 in seiner heutigen Fassung. Von einer Besitzübernahme durch Anweisung und von einem Widerspruchsrechte des Inhabers ist nicht mehr die Rede; der Entwurf II spricht nur davon, daß der Besitz durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache übertragen werden soll. Demnach ist eine Verständigung des Inhabers, geschweige denn eine Mitwirkung desselben nicht erforderlich. Mit der gesetzlichen Normierung dieser Bestimmung hat man also den Weg eingeschlagen, den Gierke[5]) der zweiten Kommission gewiesen hat. Er führt aus: „Wenn der Besitzer eine Sache, die ein anderer inne hat, einem dritten übertragen will, so scheint es keine einfachere und praktischere Regelung dieses Vorganges geben zu können, als daß dem Besitzer die Abtretung seines Besitzrechtes mit den daraus folgenden Ansprüchen an den dritten durch Willenserklärung freigestellt, dem Inhaber das ihm gegen

---

[1]) Gierke, Der Entwurf eines B. G. B., S. 302 ff.

[2]) Cosack, (Bekkers u. Fischers Beiträge) Heft 13, S. 28.

[3]) Strohal, Jherings Jahrb. XXXI, S. 40 ff.

[4]) § 792.

[5]) Gierke, a. a. O. S. 301.

den bisherigen Besitzer zustehende Recht auch gegenüber dem neuen Erwerber vorbehalten wird". Durch die späteren Revisionsverhandlungen, sowie durch die Verhandlungen des Bundesrats und des Reichstags ist der § 792 des Entwurfs II, der jetzige § 870, nicht mehr geändert worden.

§ 2.

Charakter des Anspruchs auf Herausgabe.

Während im § 854 Abs. 2 die Besitzübertragung nur 2 Personen, den Tradenten und den Erwerber, berührt, wird im Fall des § 870 noch ein dritter, der unmittelbare Besitzer, durch den Besitzerwerb in Mitleidenschaft gezogen. Die verschiedenen Wirkungen, welche der Besitzerwerb auf die rechtliche Stellung der drei Personen ausübt, sind auf eine Ursache, die Abtretung des dem mittelbaren gegen den unmittelbaren Besitzer zustehenden Anspruchs auf Herausgabe, zurückzuführen. So ergibt sich von selbst, daß zunächst der Charakter des Anspruchs auf Herausgabe, sodann das Abtretungsgeschäft, die Wirkung der Abtretung des Herausgabeanspruchs, sowie die rechtliche Stellung des unmittelbaren Besitzers und schließlich die juristische Konstruktion der Übertragung des mittelbaren Besitzes durch Abtretung des Herausgabeanspruchs zu untersuchen sind.

Wenn wir das B. G. B. durchblättern, so bemerken wir, daß der Ausdruck „Anspruch auf

Herausgabe“ keineswegs allein im § 870 vorkommt. Wir finden ihn im § 985, dem ersten Paragraphen des Titels betreffend die Ansprüche aus dem Eigentum; er besagt den Anspruch auf Herausgabe, der den nichtbesitzenden Eigentümer gegen den besitzenden Nichteigentümer zusteht, einen Anspruch, der auf das Eigentum gestützt und auf Herstellung des dem Eigentum entsprechenden äußeren Besitzstandes gerichtet ist. Dieser Anspruch ist somit ein dinglicher. Aber auch in dem Teile des B. G. B., der von dem Obligationsrecht handelt, wird seiner Erwähnung getan, so z. B. in § 812 Abs. 1, Satz 1. Dieser Satz lautet: „Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet“. Ein Anspruch auf Herausgabe steht also dem Benachteiligten gegen denjenigen zu, der direkt auf Kosten des anderen bereichert ist. Dieser Anspruch auf Herausgabe ist als ein obligatorischer aufzufassen, da derselbe aus dem zwischen dem Benachteiligten und dem Bereicherten zur Entstehung gekommenen Schuldverhältnisse auf Ausgleichung entspringt. Wir sehen somit, daß unter einem Anspruch auf Herausgabe sowohl der dingliche wie der obligatorische verstanden werden kann. Wie haben wir nun den Anspruch auf Herausgabe des § 870 aufzufassen? Ist er der Anspruch, der aus dem Eigentum entspringt, der dingliche, oder ist er ein obligatorischer?

Bei der Auslegung des Anspruches auf Herausgabe des § 870, knüpfen wir an den § 868 an. § 868 sagt: „Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger usw. oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer". Daraus geht hervor, daß als ein Hauptkriterium des mittelbaren Besitzes das Bestehen eines der genannten Verhältnisse zu betrachten ist, vermöge deren der unmittelbare Besitzer dem anderen gegenüber besitzberechtigt oder -verpflichtet ist[1]). Ein solches Verhältnis muß unbedingt vorliegen; es bildet die feste Grundlage für die Besitzmittlung. Freilich tut es das nicht in dem Sinne, daß ein objektives rechtsgültiges Verhältnis vorliegen muß. Denn das Bestehen eines solchen Verhältnisses ist nicht Voraussetzung des mittelbaren Besitzes; es genügt und ist erforderlich, daß der unmittelbare Besitzer auf Grund eines vermeintlich bestehenden Verhältnisses einen anderen als Besitzherrn anerkennt, von dem er seinen Besitz als unmittelbarer Besitzer ableitet, durch dessen Recht seine Sachherrschaft beschränkt wird, und an den er die Sache nach Ablauf der Zeit herauszugeben hat[2]). Deshalb ist

---

[1]) Windscheid-Kipp, Pandekten I, S. 698.

[2]) Planck, Bürgerl. Gesetzbuch, Bd. III, § 868; Gierke, die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht, S. 7, Anm. 15; Thoma, Bedeutung des Besitzwillens im Besitzrecht des B. R., S. 71; Protokolle IV, S. 608; Cosack, Lehrbuch des

auch, wenn ein Nichteigentümer einen Nießbrauch bestellt hat, nicht der Eigentümer, sondern der Besteller des Nießbrauchs mittelbarer Besitzer[1]). Er behält den mittelbaren Besitz solange, als er von dem Besitzmittler als Besitzer anerkannt wird[2]).

Auf Grund dieses Verhältnisses steht dem mittelbaren Besitzer stets ein gegenwärtiger oder eventueller Anspruch auf Herausgabe der Sache gegen den unmittelbaren Besitzer zu, ein Anspruch, der als ein obligatorischer aufzufassen ist, wenn auch das betreffende Rechtsverhältnis ein dingliches sein sollte; denn der Anspruch auf Herausgabe entspringt dem aus der Entstehung des dinglichen Rechtsverhältnisses hervorgegangenen obligatorischen Rechtsverhältnisse. Aus diesen Erwägungen folgt mit aller Entschiedenheit, daß wir im § 868 mit einem obligatorischen Herausgabeanspruche zu tun haben. Da nun in § 870 es sich um die Übertragung des

---

bürgerl. Rechts, Bd. II, S. 64. Andere Ansicht haben: Bartels, Gruchot, Bd. 42, S. 659; Windscheid-Kipp, a. a. O., S. 698; Aravantinos, Jahrb. f. Dogmatik, Bd. 48, S. 115. Ihre Meinung ist indes unrichtig; denn aus der Fassung des § 868 „als Nießbraucher, Pächter . . .“ geht hervor, daß auch ein putatives Rechtsverhältnis ausreicht. Als Nießbraucher etc. besitzt man nämlich auch, wenn das betreffende Verhältnis nichtig ist.

[1]) Gierke, Verhandlungen des 24. Juristentages, S. 34; Cosack, a. a. O. II., S. 64. Anderer Ansicht ist Grützmann, Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 41, S. 506.

[2]) Strohal, Sachbesitz in Jherings Jahrb., Bd. 38, S. 112; Planck a. a. O. § 868; Gierke a. a. O., S. 34.

nach Maßgabe des § 868 begründeten mittelbaren Besitzes handelt, haben wir auch im § 870 die Abtretung des nach § 868 entstandenen obligatorischen Anspruchs auf Herausgabe der Sache anzunehmen.

Aber auch aus folgender Betrachtung erhellt, daß es sich im § 870 sicherlich um die Abtretung eines obligatorischen und nicht des Eigentumsanspruches handelt.

Dem mittelbaren Besitzer als solchem steht überhaupt kein Eigentumsanspruch zu; er hat nur einen obligatorischen Anspruch. Denn der dingliche Anspruch und der mittelbare Besitz haben miteinander nichts zu tun. Der dingliche Anspruch kann einem zustehen, ohne daß man den mittelbaren Besitz hat, und den mittelbaren Besitz kann jemand haben, der einen dinglichen Anspruch nicht hat. Somit haben wir unter dem Anspruche des § 870 nur den obligatorischen Anspruch zu verstehen[1]). Daneben kann nun aber gleichzeitig vorkommen, daß dem mittelbaren Besitzer neben dem obligatorischen Anspruch auf Herausgabe der Sache als Eigentümer in Gemäßheit des § 985 auch ein dinglicher Anspruch gegen den unmittelbaren Besitzer der Sache zusteht. In diesem Falle fragt es sich, ob zum Zwecke der Übertragung des mittelbaren Besitzes beide Ansprüche abgetreten werden müssen,

---

[1]) Strohal, Sachbesitz . . . S. 93; Biermann, Kommentar z. bürgerl. Gesetzbuch III, § 870, Anm. 1. Anscheinend ebenso Planck, a. a. O., § 931; Staudinger, erl. v. Kober, § 931.

oder ob die Abtretung des obligatorischen genügt. Die Beantwortung dieser Frage kann nicht schwer sein, wenn wir die Bestimmungen des B. G. B., die über den Pfandrechtserwerb handeln, betrachten. Aus § 1205, Abs. 2 ergibt sich, daß die Abtretung des obligatorischen Anspruchs im Falle des Bestehens beider Ansprüche genügen muß. Der Absatz läßt die Übergabe einer im mittelbaren Besitze des Eigentümers befindlichen Sache zwecks Bestellung des Pfandrechtes dadurch ersetzen, daß der Eigentümer den mittelbaren Besitz auf den Pfandgläubiger überträgt und die Verpfändung dem unmittelbaren Besitzer anzeigt. Offen liegt es hier doch auf der Hand, daß der Eigentümer dem Pfandgläubiger nur den obligatorischen Anspruch auf Herausgabe der Sache gegen den unmittelbaren Besitzer abtreten wird. Denn, tritt etwa, wie Matthiass[1]) mit Recht bemerkt, die Abtretung des dinglichen Anspruches hinzu, so ginge ja nach § 931 das Eigentum auf den Pfandgläubiger über. Dieser Zweck soll jedoch mit der Übertragung des mittelbaren Besitzes nicht erreicht werden. Somit genügt auch von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet die Abtretung des obligatorischen Anspruches[2]) auf Herausgabe der Sache zur Übertragung des mittelbaren Besitzes.

Es bleibt nur noch die Frage zu erwägen, ob auch die Abtretung des dem mittelbaren gegen den

[1]) Matthiass, Bürgerl. Recht II, S. 10.

[2]) Strohal, a. a. O., S. 94; Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht . . . § 870.

unmittelbaren Besitzer nur vermeintlich zustehenden Anspruches auf Herausgabe zur Übertragung des mittelbaren Besitzes ausreicht. In der Literatur haben sich für eine Bejahung dieser Frage entschieden Planck[1]) und Biermann[2]); andere dagegen reden lediglich von der Abtretung des dem mittelbaren gegen den unmittelbaren Besitzer zustehenden Anspruchs auf Herausgabe der Sache[3]); nur Goldmann-Lilienthal[4]) erwähnt ausdrücklich, daß das Fehlen des Herausgabeanspruchs zur Folge hat, daß der mittelbare Besitzer seinen Besitz nicht nach § 870 übertragen kann. Letzterem ist m. E. beizustimmen.

Soviel steht jedenfalls fest, daß infolge der Abtretung des obligatorischen Herausgabeanspruches zwischen dem Erwerber und dem unmittelbaren Besitzer ein Verhältnis der nach § 868 bezeichneten Art zur Entstehung gelangen muß. An dieses Verhältnis ist die Existenz des mittelbaren Besitzes aufs engste geknüpft. Das Verhältnis ist das Band, das die fortdauernde Beziehung des mittelbaren Besitzers zu der Sache vermittelt. Nun ist aber, wie schon oben erwähnt wurde, nicht erforderlich, daß

---

[1]) Planck, a. a. O. § 870.

[2]) Biermann, a. a. O. 870.

[3]) Cosack, a. a. O. S. 70; Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts II. S. 165; Buhl, das Recht der beweglichen Sache, S. 28.

[4]) Goldmann-Lilienthal, das Bürgerl. Gesetzbuch I, S. 236.

das Verhältnis rechtsgültig besteht. Es wird nach § 868 nur verlangt, daß die Beziehungen zwischen dem mittelbaren und dem unmittelbaren Besitzer so gestaltet sind, als wenn ein Verhältnis der bezeichneten Art in Wirklichkeit bestände. Wir wissen nun aus § 870 in Verbindung mit § 398, daß mit dem Abschlusse des Abtretungsvertrages und ohne vorangegangene Anzeige an den unmittelbaren Besitzer der Erwerber an Stelle des alten Besitzers tritt. Wenn wir nun zur Übertragung des mittelbaren Besitzes auch die Abtretung des vermeintlich bestehenden Anspruches auf Herausgabe genügen lassen wollten, so würden wir noch ein von dem zitierten Paragraphen aufgestelltes Mehrerfordernis verlangen, denn das nach § 868 verlangte Verhältnis zwischen dem Erwerber und dem unmittelbaren Besitzer käme erst zustande in dem Augenblicke, wo der Erwerber auf Grund einer Mitteilung von der Übertragung des mittelbaren Besitzes sich bereit erklärt, die Sache für den Erwerber zur Verfügung zu halten. Dagegen bei einer Abtretung eines bestehenden obligatorischen Herausgabeanspruchs entsteht sogleich mit der Abtretung desselben auch das Vermittlungsverhältnis zwischen dem unmittelbaren und dem mittelbaren Besitzer. Auf Grund dieses Besitzvermittlungsverhältnisses wird der unmittelbare Besitzer nun auch ohne weiteres anerkennen, daß der neue mittelbare Besitzer ein fälliges oder befristetes Recht auf Herausgabe der Sache hat, und zwar ein Recht,

das den unmittelbaren Besitzer nicht bloß persönlich verpflichtet, sondern auch ein Recht, das die Sache dinglich ergreift.

Auch spricht der § 870 für die Auffassung, daß es sich um einen wirklich bestehenden Anspruch auf Herausgabe handeln muß. Im § 870 wird von einer Abtretung des dem mittelbaren gegen den unmittelbaren Besitzer zustehenden Anspruches auf Herausgabe gesprochen. Hat nun der mittelbare Besitzer nur einen vermeintlich bestehenden Anspruch auf Herausgabe, so kann doch von einer Abtretung des Anspruches auf Herausgabe gegen den unmittelbaren Besitzer hier wohl nicht die Rede sein. Somit sehen wir, daß die Abtretung eines wirklich bestehenden obligatorischen Herausgabeanspruches zwecks Übertragung des mittelbaren Besitzes stets erforderlich ist[1]).

§ 3.

Das Abtretungsgeschäft.

Die Übertragung des mittelbaren Besitzes auf einen anderen vollzieht sich ohne Zuziehung des unmittelbaren Besitzers durch Vertrag zwischen dem bisherigen und dem neuen mittelbaren Besitzer.

---

[1]) E. Nord, die rechtl. Natur der Besitzübertragung steht auf gleichem Standpunkt, Seite 70 schreibt er: „Somit genügt die Abtretung eines obligatorischen Herausgabeanspruches, aber andererseits ist sie auch stets erforderlich, da zwischen dem Erwerber und dem Besitzmittler ebenfalls ein Rechtsverhältnis der bezeichneten Art entstehen muß.

Dieser Vertrag ist die Abtretung des Herausgabeanspruches[1]) an den Erwerber, eines Anspruches, den der mittelbare Besitzer in Gemäßheit des § 868 gegen den unmittelbaren Besitzer der Sache hat. Ein realer Vorgang, wie beim Erwerb unmittelbaren Besitzes, ist nicht erforderlich; es genügt vielmehr wie bei jeder Abtretung von Ansprüchen, die erklärte Willenseinigung[2]) der Parteien über die Abtretung des Herausgabeanspruches zwecks Einräumung des Besitzes. Die Abtretung dieses Herausgabeanspruches ist, da der Anspruch, wie schon oben bewiesen, ein obligatorischer ist, nach den Vorschriften über die Abtretung von Forderungen[3]) zu beurteilen[4]). Sie ist ein Vertrag zwischen dem bisherigen Besitzer und dem Erwerber des mittelbaren Besitzes, welcher die Einigung über die Übertragung enthält und letztere auch bewirkt. Sie kann daher nicht zustande kommen, ohne daß die allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte[5]) und über die Verträge[6]) erfüllt sind. Drei Momente setzt ein jeder Vertrag voraus: die Subjekte, die Form, den Inhalt.

---

[1]) Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 239; Thoma, Bedeutung des Besitzwillens, S. 81.

[2]) Dernburg, Bürgerl. Recht III, S. 59; Crome, System des deutschen Bürgerl. Rechtes III, S. 53.

[3]) §§ 398—413.

[4]) Planck, a. a. O. § 870; Staudinger, a. a. O. § 870; Strohal a. a. O. S. 94.

[5]) §§ 104 ff.

[6]) §§ 145 ff.

Von diesen drei Gesichtspunkten aus wollen wir das Abtretungsgeschäft des § 870 betrachten. Die Einigung über die Abtretung des Herausgabeanspruches muß nach § 870 zwischen dem bisherigen mittelbaren Besitzer und dem Erwerber zustande gekommen sein. Der Tradent muß also stets mittelbarer Besitzer gemäß § 868 oder 871 sein[1]). Deshalb darf er seinen mittelbaren Besitz nicht verloren haben. Wie kann nun der Besitz des mittelbaren Besitzers endigen? In der Literatur ist man sich einig, daß der mittelbare Besitzer seinen Besitz einbüßt, wenn der Besitzmittler den unmittelbaren Besitz verliert, ohne dadurch seinerseits mittelbarer Besitzer zu werden, nicht allgemein anerkannt ist dagegen, daß schon eine Erklärung seitens des unmittelbaren Besitzers, er erkenne den mittelbaren Besitzer als Besitzherrn nicht mehr an, zur Entsetzung des letzteren genügt. Indes triftige Gründe sprechen dafür. Im § 868 heißt es: „Besitzt jemand als Nießbraucher, Pächter usw., so ist auch der andere Besitzer".

Durch das „als" wird ein subjektives Erfordernis aufgestellt, und in demselben Sinne müssen auch die Worte „oder in einem ähnlichen Verhältnisse" ausgelegt werden[2]).

Daß ein subjektives Erfordernis nach § 868 verlangt wird, geht daraus hervor, daß nach den

---

[1]) Gierke a. a. O., S. 239.

[2]) Planck a. a. O., § 868.

Protokollen[1]) auch ein nicht rechtgültiges obligatorisches Rechtsverhältnis zur Begründung des mittelbaren Besitzes ausreicht. Wäre das nicht der Fall, so käme ein Rechtsverhältnis, das nicht rechtsgültig zustande gekommen ist, nach § 868 nicht in Betracht; denn auf Grund des nicht objektiven, obligatorischen Rechtsverhältnisses würde der unmittelbare Besitzer die Sache nicht „als Nießbraucher, Pächter usw." besitzen. Fällt nun aber dieses subjektive Erfordernis weg, dann hört der mittelbare Besitzer auf zu besitzen, da es an einer Voraussetzung des § 868 fehlt.

Dies tritt nun ein, wenn der Besitzmittler dem mittelbaren Besitzer gegenüber den Willen erklärt, für sich die Sache zu besitzen[2]).

Ist der Tradent nun mittelbarer Besitzer, dann kommt es nicht darauf an, von welcher Beschaffenheit sein Besitz ist, ob Fremd- oder Eigenbesitz, fehlerhafter oder fehlerfreier Besitz. So kann z. B. auch der Mieter, der die Mietssache weiter vermietet hat, seinen ihm als Fremdbesitzer zustehenden mittelbaren Besitz auf einen anderen übertragen. Der Erwerber, mit dem der Abtretungsvertrag nun

---

[1]) Protokolle, Bd. 4, S. 608.

[2]) Protokolle III, S. 227/228; Planck a. a. O. § 868; Goldmann-Lilienthal, a. a. O., S. 242; Strohal, a. a. O., S. 3; Thoma, a. a. O., S. 83; Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb, S. 70; Fleck, der Bote, Archiv f. Bürgerl. Recht Bd. 15, S. 373; Araventinos, Jherings Jahrb. f. Dogmatik Bd. 48, S. 116. Biermann a. a. O. § 870.

abgeschlossen werden soll, muß eine von dem unmittelbaren und dem mittelbaren Besitzer verschiedene Person sein. Gleichgültig ist es dagegen, ob er zu dem mittelbaren Besitzer in einem Verhältnisse nach § 855 steht oder nicht.

Da nun beide Parteien bewußt auf die rechtliche Wirkung als eine durch eine gemeinsame Handlung zu erzielende hinarbeiten müssen, um den Effekt des § 870 herbeiführen zu können, müssen die Willenserklärungen, welche die Einigung über die Abtretung des Herausgabeanspruches ausmachen, vollgültig sein. Es ist daher die Vertragsfähigkeit beim bisherigen Besitzer wie beim Erwerber zu verlangen. Nicht rechtsgültig ist die erklärte Willensäußerung dann, wenn der Tradent zur Zeit der Einigung über die Abtretung des Herausgabeanspruches geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war. Es ist jedoch gleichgültig, ob er zur Zeit des Abschlusses des der Zession zu Grunde liegenden obligatorischen Vertrages volle Geschäftsfähigkeit besaß, da mit der Vereinbarung des Kausalgeschäftes der Anspruch auf Herausgabe der Sache noch nicht auf den Erwerber übergeht. Ist z. B. der mittelbare Besitzer zwischen dem Abschlusse des Kausalgeschäftes und des Zessionsvertrages in der Geschäftsfähigkeit beschränkt worden, so könnte die Erklärung des Tradenten ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters mit der des Erwerbers zusammen einen Besitzerwerb nicht ermöglichen, da die Willenserklärung des

Tradenten und die des Erwerbers eine wirksame Einigung über die Abtretung des Herausgabeanspruches nicht darstellen können. Erst wenn nachträglich die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters zu dem Abschlusse der Einigung erfolgt, würde die Einigung wirksam werden.

Was das zweite Moment anbetrifft, so versteht es sich von selbst, daß mangels einer Bestimmung im § 870 und im § 398 das allgemeine Prinzip der Formlosigkeit der Verträge hier Anwendung findet. Es gehört also weiter nichts dazu, als daß der bisherige Besitzer erklärt, den mittelbaren Besitz wolle er durch Abtretung des Herausgabeanspruches auf den Kontrahenten übertragen, und daß der andere diese Erklärung annimmt. Auch ist zum Wirksamwerden der Abtretung des Anspruches die Aushändigung einer über den mittelbaren Besitz vorhandenen Urkunde an den Erwerber nicht erforderlich. Ja, selbst dann ist eine Form nicht vorgeschrieben, wenn es sich um Übertragung des mittelbaren Besitzes eines Grundstückes handelt, da der mittelbare Besitz eines Grundstückes nicht in das Grundbuch gehört[1]). Allerdings können die Parteien eine bestimmte Form vorschreiben. In diesem Falle ist aber die durch das Rechtsgeschäft bestimmte Form im Zweifel notwendige Voraussetzung für die Wirksamkeit der Übertragung des mittelbaren Besitzes[2]). Vielfach wird indes die

[1]) Windscheid-Kipp, Pandekten I, S. 699.

[2]) § 125.

Einigung über die Abtretung des Anspruches zwecks Einräumung des Besitzes von dem Kausalgeschäfte äußerlich nicht zu scheiden sein, sondern mit ihm in einen Vorgang zusammen fließen. Dann müssen wir sie aus dem zwischen den Beteiligten geschlossenen Rechtsgeschäfte, das der Zession zu Grunde liegt, entnehmen.

Der Inhalt des Vertrages ist endlich auf den Übergang des Besitzes gerichtet. Der Übergang des mittelbaren Besitzes durch Abtretung des dem mittelbaren gegen den unmittelbaren Besitzer zustehenden Anspruchs auf Herausgabe ist der Punkt, nach dem die inhaltlich verschiedenen Willenserklärungen der beiden Parteien hinstreben, und indem ihre beiden Willen zu einzigem Willen, dem Vertragswillen, zusammenschmelzen. Die Abtretung des Herausgabeanspruches dient nur als Mittel[1]), um den Übergang des Besitzes von dem bisherigen Besitzer auf den Erwerber herbeizuführen. Demnach genügt nicht allein, daß sich die Parteien über die Abtretung des Herausgabeanspruches einigen, sondern die Einigung muß sich gerade beziehen auf den Übergang des Besitzes[2]), d. h. die Absicht der Parteien muß dahin gehen, daß der Erwerber sofort durch die Abtretung ohne jede Mitwirkung des unmittelbaren Besitzers den Besitz erwerben soll. Es ist nun selbstverständlich nicht nötig, daß der

[1]) Strohal, a. a. O. S. 60

[2]) Gierke, a. a. O. II, S. 239; Goldmann-Lilienthal, a. a. O., S. 236.

auf Übertragung des mittelbaren Besitzes gerichtete Parteiwille expressis verbis erklärt wird. So wird sich sehr oft, auch ohne ausdrückliche Erklärung, schon aus den Umständen ergeben, daß der Anspruchserwerber sofort mit der Abtretung den mittelbaren Besitz erlangen soll. Für die Auslegung eines Vertrages ist nämlich nicht der Wortlaut der Erklärungen der Parteien, sondern die Absicht der letzteren entscheidend[1]). Aber unerläßlich ist und bleibt es, daß die Parteien mit der Einigung über die Abtretung des Herausgabeanspruches den Übergang das Besitzes gewollt haben. Deshalb kann von einem nach § 870 sich vollziehenden Übergange des Besitzes nicht gesprochen werden, wenn die Absicht der Parteien dahin geht, daß der Anspruchserwerber nur befugt und ermächtigt sein soll, das in den Händen des unmittelbaren Besitzers befindliche Gut in Empfang zu nehmen[2]). Denn in diesem Falle kann erst dann von einem mittelbaren Besitzerwerb seitens des Erwerbers die Rede sein, wenn zwischen dem unmittelbaren Besitzer und dem Erwerber ein Verhältnis nach § 868 begründet worden ist.

Natürlich ist nun wohl nicht immer an ein ausschließlich auf die Besitzübertragung hinzielendes Abtretungsgeschäft zu denken. Vielmehr wird es sich sehr oft darum handeln, daß alle obligatorischen Rechte und Pflichten, die dem mittelbaren gegen

[1]) § 133.

[2]) Gierke, a. a. O. II, S. 239; R. G. Bd. II, S. 186; Dernburg, a. a. O. III, S. 59.

den unmittelbaren Besitzer aus dem Rechtsverhältnis zustehen, auf den neuen mittelbaren Besitzer übertragen werden sollen. Ja sehr oft wird zugleich mit dem Erwerb des mittelbaren Besitzes auch die Übertragung des Eigentums nach § 931 verbunden sein.

Nur über den Übergang des Besitzes, nicht über den Grund, die causa, die sie veranlaßt hat, diesen Erfolg herbeizuführen, brauchen sich die Parteien zu einigen. Allerdings liegt auch diesem Abtretungsvertrage als einem dinglichen Veräußerungsgeschäfte eine bestimmte obligatorische Verpflichtung zu Grunde, welche den Rechtszweck der Übertragung festlegt[1]). Es ist nämlich keine Abtretung schlechthin, sondern nur eine solche auf Grund eines obligatorischen Vertrages denkbar. Dies Kausalgeschäft ist jedoch für die Wirkung des Besitzüberganges keine zwingende Voraussetzung. Für das Zustandekommen des Abtretungsvertrages ist es gleichgültig, ob die causa tatsächlich vorhanden ist oder nicht. Die Einigung über die Abtretung des Herausgabeanspruches ist vielmehr von der causa losgelöst.

§ 4.

Die Wirkung der Abtretung des Anspruches auf Herausgabe.

Mit dem Abschlusse des Abtretungsvertrages tritt nun gemäß § 870 im Zusammenhange mit § 398 der Anspruchserwerber an Stelle des bisherigen

---

[1]) Endemann, B. G. B. I, S. 869.

mittelbaren Besitzers[1]). In diesem Momente scheidet der Besitz aus dem Vermögen des bisherigen Besitzers aus und geht in das des neuen Besitzers über. Es bedarf also behufs Besitzüberganges nicht der Mitwirkung[2]) des Besitzmittlers. Sein Wille kommt hinsichtlich des Besitzüberganges nicht in Betracht. — Indes darf der Besitzmittler sich nicht bereits vor der Besitzübertragung geweigert haben, den Erwerber als Oberherrn der Sache anzuerkennen. Denn dann kann ein Erwerb des mittelbaren Besitzes ohne Mitwirkung des Besitzmittlers nicht in Frage kommen, da der Erwerber schon im voraus, wie Cosack[3]) und Biermann[4]) mit Recht betonen, aus dem Besitze geworfen ist. Ebensowenig kann von einer Besitzüberweisung die Rede sein, wenn nach § 399 zwischen dem bisherigen Besitzer und dem Besitzmittler ein pactum de non cedendo[5]) abgeschlossen worden ist, da in diesem Falle der Abtretungsvertrag ohne Mitwirkung des Besitzmittlers wegen der dinglichen Wirksamkeit des pactum

---

[1]) Strohal, a. a. O., S. 94; Cosack, a. a. O., S. 72; Thoma, a. a. O., S. 81.

[2]) Erforderlich war dieselbe nach Entwurf I, § 804; vgl. Strohal, Jherings Jahrb. Bd. 31, S. 40.

[3]) Cosack, a. a. O., S. 72.

[4]) Biermann, a. a. O., § 870.

[5]) Das pactum de non cedendo hat dingliche Wirkung, d. h. es enthält nicht nur die Verpflichtung des bisherigen Besitzers nicht zu zedieren, sondern es verhindert auch den Vollzug. Nach gemeinem Rechte war es streitig, ob das pactum de non cedendo diese Kraft habe, oder ob der alte

nichtig ist. — Ja sogar eine Kenntnisnahme[1]) seitens des unmittelbaren Besitzers von der Übertragung des mittelbaren Besitzes ist nicht Voraussetzung des Überganges auf den Erwerber. Wie bei jeder Abtretung von Ansprüchen läßt der Gesetzgeber auch hier ohne Kenntnisnahme des Besitzmittlers den Anspruch auf Herausgabe und somit den Besitz übergehen. Gleichwohl spielt die Kenntnis des unmittelbaren Besitzers von der Besitzübertragung unter Umständen eine wichtige Rolle hinsichtlich des Besitzerwerbs. Das zeigt folgende Betrachtung:

Am Eingange dieser Darstellung haben wir hervorgehoben, eine Eigentümlichkeit des mittelbaren Besitzes liege darin, daß der mittelbare Besitz nicht auf einem rechtsgültigen Verhältnisse zu beruhen brauche, daß vielmehr auch ein putatives Verhältnis aurseiche. Für die Existenz des mittelbaren Besitzes kommt es nur darauf an, daß der unmittelbare Besitzer den Rechtsanspruch des mittelbaren Besitzers anerkennt und zwar als einen Anspruch, der nicht bloß ihn persönlich verpflichtet, sondern die Sache selber dinglich ergreift[2]). Deshalb muß auch eine nichtige Abtretung des Herausgabeanspruches tatsächlich zu einem Erwerb des mittelbaren Besitzes führen können. Beispiel: Der Geistes-

---

Gläubiger nur schadenersatzpflichtig sei; vgl. Windscheid, a. a. O. II 335.

[1]) Strohal, Sachbesitz, S. 94; Gierke a. a. O., S. 259.

[2]) Cosack, a. a. O. S. 72; Schoen, Ist die Eigentumsklage . . . Diss. S. 15.

kranke A. tritt gemäß § 870 seinen ihm dem Verwahrer B. gegenüber zustehenden Anspruch auf Herausgabe an C. ab. Ein Abtretungsvertrag ist wegen der Geschäftsunfähigkeit des Tradenten nicht zustande gekommen[1]); der mittelbare Besitz ist somit bei A. geblieben. C. teilt nun dem B. mit, daß ihm der mittelbare Besitz übertragen worden sei. Auf Grund dieser Mitteilung erklärt sich nun B. bereit, die Sache zur Verfügung des C. zu halten. C. hat damit den mittelbaren Besitz erhalten, obwohl der Abtretungsvertrag nichtig ist[2]).

Dieser Besitzübertragungsakt stellt sich nun als ein reiner Zessionsvertrag dar. Wie die Einigung, die Auflassung, ist auch dieser Vertrag ein Veräußerungsgeschäft mit dinglicher Wirkung[3]). Die dingliche Wirksamkeit des Vertrages ergibt sich schon daraus, daß der Erwerber schon mit dem Abschlusse des Vertrages ein allen dritten gegenüber wirksames Besitzrecht erworben hat.

---

[1]) § 105.

[2]) Thoma, a. a. O., S. 81; Erich Nord, a. a. O., S. 73.

[3]) Planck, a. a. O. II, S. 183. Matthiass, a. a. O. I, § 100; B. G. B. § 398 Abs. 2. Unrichtig behauptet Affolter, Archiv f. Bürgerl. Recht Bd. 13, S. 297 u. 300, daß durch die Abtretung nicht das Forderungsrecht des bisherigen Gläubigers auf den Erwerber übergehe, sondern daß der Erwerber nur bevollmächtigt werde, die Forderung in eigenem Namen geltend zu machen. §§ 398 Abs. 2 und 401 beweisen das Gegenteil.

Weiter folgt aus § 398 Abs. 2, daß dieser Vertrag ein abstrakter in dem Sinne ist, daß seine Wirkung unabhängig von dem dieser Abtretung zu Grunde liegenden Rechtsgrunde und, ohne daß derselbe in dem Abtretungsvertrage hervorzutreten braucht, eintritt.

Im Entwurf I § 294 war dies noch besonders hervorgehoben, indem § 294 auf den § 290 des Entwurfs I ausdrücklich hinwies. § 290 enthielt die Bestimmung, daß die Angabe des Rechtsgrundes zur Wirksamkeit des Vertrages nicht erforderlich sei. Von der zweiten Kommission ist jedoch der § 294 wieder gestrichen worden aus denselben Gründen, aus denen § 290 in Wegfall kam, weil man die Bestimmung für entbehrlich hielt. Die Ansicht, daß der Abtretungsvertrag abstrakt, d. h. losgelöst von der causa, gültig sei, vertreten Planck[1]), Örtmann[2]), Matthiass[3]); anderer Meinung ist Affolter[4]). Dies steht allerdings nicht einer Vereinbarung entgegen, durch die das kausale Rechtsgeschäft in den Zessionsvertrag einbezogen, also z. B. der Besitzübergang von dem Eintritte

---

[1]) Planck, a. a. O. II., S. 183.

[2]) Örtmann, das Recht der Schuldverhältnisse, S. 122.

[3]) Matthiass, a. a. O. I., S. 451.

[4]) Affolter, a. a. O. Bd. 13, S. 300 ff. Auch Strohal (Jherings Jahrb. Bd. 27, S. 390 ff.) hat sich gegen die Einführung des Zessionsvertrages gewandt, indem er die Loslösung der Rechtsübertragung von dem Kausalgeschäft als undurchführbar hinstellt.

oder Ausfalle einer Bedingung abhängig gemacht wird. Dadurch wird aber der Abtretungsvertrag nicht in einen kausalen Vertrag verwandelt[1]).

Der Grund für die Zulässigkeit der Abhängigkeit der Abtretung von dem kausalen Rechtsgeschäfte ergibt sich notwendiger Weise aus dem Mangel einer gesetzlichen Bestimmung über die Unzulässigkeit einer Bedingung bei solchen Verträgen[2]).

Zugleich mit dem Besitzübergange erwirbt der neue mittelbare Besitzer auch die Vorrechte (Pfandrecht, Rechte aus einer Bürgschaft, Konkursprivilegien), die für den mittelbaren Besitz bestehen[3]); dabei wird natürlich vorausgesetzt, daß die Parteien nichts anderes vereinbart haben. Der neue Besitzer erhält eben den mittelbaren Besitz in demselben Zustande, in dem ihn der bisherige Besitzer hatte. Die rechtliche Stellung des mittelbaren Besitzers kann nun sehr verschieden sein, je nach dem Umfange der tatsächlichen Herrschaft, welche der unmittelbare Besitzer für sich beansprucht. So ist z. B. die rechtliche Stellung des mittelbaren Besitzers eine andere, wenn der Besitzmittler den Gebrauch einer Sache als Nießbraucher oder als Mieter in Anspruch nimmt. Was nun die Vorzugsrechte anbelangt, so gehen diese nur insoweit über, als sie mit dem

---

[1]) Endemann, a. a. O. I, § 151, Anm. 14.

[2]) Schollmeyer, Rechte der Schuldverhältnisse Bd. II, S. 361; Dernburg, a. a. O. Bd. II, § 134.

[3]) § 401.

mittelbaren Besitz verknüpft sind. Vorzugsrechte, die den alten Besitzer aus einem rein persönlichen Grunde zustanden, können demnach auf den neuen Besitzer nicht übergehen.

Da bei der Übertragung des mittelbaren Besitzes eine Mitwirkung des Besitzmittlers nicht erforderlich ist, so ist die Bestimmung ganz gerechtfertigt, daß der bisherige Besitzer dem neuen Besitzer gegenüber nach der Übergabe des Besitzes verpflichtet ist, dem Erwerber über den mittelbaren Besitz Auskunft zu erteilen und die zum Beweise des mittelbaren Besitzes dienenden Urkunden auszuliefern[1]), soweit sie sich in seinem Besitze befinden. Diese Verpflichtungen entstehen kraft Gesetzes, auf die eventuell der neue mittelbare Besitzer gegen den bisherigen Besitzer klagen kann. Auch ist der bisherige Besitzer gehalten, dem Erwerber eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Übertragung des mittelbaren Besitzes auszustellen, denn erst durch den Besitz dieser Urkunde wird das Recht des Erwerbers dem unmittelbaren Besitzer gegenüber vollkommen[2]). Die Kosten hat hier der neue Besitzer zu tragen.

---

[1]) § 402.

[2]) § 403.

§ 5.

Die rechtliche Stellung des unmittelbaren Besitzers.

Nach dem Entwurf I[1]) wurden zwischen dem Besitzmittler und dem Erwerber erst durch die Nichtausübung des dem unmittelbaren Besitzer zustehenden Widerspruchsrechts rechtliche Beziehungen hervorgerufen.

Das B. G. B. dagegen läßt den Besitzwechsel bereits mit dem Abschlusse des Abtretungsvertrages vor sich gehen. Es wird insbesondere die Frage wichtig, inwieweit die Rechtslage des unmittelbaren Besitzers durch die Übertragung des mittelbaren Besitzers berührt wird. Es ist ganz unzweifelhaft, daß der Besitzmittler infolge der Übertragung des mittelbaren Besitzes ohne seine Mitwirkung in Mitleidenschaft gezogen wird. Hier ist der Gesetzgeber gezwungen, den unmittelbaren Besitzer, der nichts von der geschehenen Übertragung des mittelbaren Besitzes ahnt, gegen jede Verschlechterung seiner Rechtslage zu schützen. Dieser Aufgabe hat sich das B. G. B. durch die Bestimmung unterzogen, daß derjenige, der den mittelbaren Besitz erwirbt, auch die Nachteile in Kauf nimmt, die sein Besitzerwerb nach sich zieht.

Der Gesetzgeber gestattet demnach dem Besitzmittler gegenüber dem neuen Besitzer die Geltend-

---

[1]) Entwurf I, § 804.

machung aller Einwendungen[1]), die zur Zeit des Besitzüberganges gegen den bisherigen Besitzer begründet waren. Selbstverständlich kommt es bei den Einwendungen darauf an, ob ihr Rechtsgrund vor der Abtretung liegt, wenn auch der Einwand selbst sich erst nachher daraus entwickelt hat[2]). In diesem Falle können sie auch dem neuen Besitzer gegenüber geltend gemacht werden. Ist so z. B. der obligatorische Anspruch verjährt, so kann auch der unmittelbare Besitzer bei etwaiger Geltendmachung des mittelbaren Besitzes sich auf die Verjährung berufen und dadurch den mittelbaren Besitz hinfällig machen[3]). Aber auch solche Einwendungen, welche die Gültigkeit des Abtretungsvertrages betreffen, z. B. Geschäftsunfähigkeit des bisherigen Besitzers bei Vornahme der Abtretung des Herausgabe-

---

[1]) § 404; anders: Entwurf I § 804; vgl. Strohal, Bd. 31, S. 40. Soweit der neue Besitzer dingliche Ansprüche auf jene Übertragung stützen will, so kann er dieselben Einwendungen auch dem dinglichen Anspruche des Erwerbers auf Herausgabe entgegensetzen. (§ 986 Abs. 2.) Dagegen bei den Ordrepapieren stehen ihm gegen den Erwerber nur gewisse Einwendungen zu. (H. G. B. § 364 Abs. 2.)

[2]) Meißner, Kommentar zum B. G. B. Bd. 2, S. 94 § 404.

[3]) Durch bloße Verjährung desselben geht der mittelbare Besitz nicht unter, da rechtlicher Bestand desselben nicht erforderlich ist. Verweigert aber mit Rücksicht hierauf nach § 222 der Besitzmittler die Herausgabe, so erlischt der mittelbare Besitz des Erwerbers, da er durch diese Erklärung den Besitz verloren hat; vgl. Strohal, Sachbesitz 110; Matthiass, a. a. O. II, S. 14. Anderer Ansicht ist Leonhard, a. a. O., S. 74.

anspruches kann der unmittelbare Besitzer dem Erwerber entgegenhalten.

Diese Regel wird allerdings von verschiedenen Ausnahmen durchbrochen. Gewisse Einwendungen gegen den neuen Besitzer hat der Besitzmittler nicht, die er etwa dem alten Besitzer gegenüber geltend machen könnte. Namentlich sind das Einwendungen rein persönlicher Natur [1]). Hat z. B. der bisherige Besitzer sich verpflichtet, solange er selbst den mittelbaren Besitz hat, den ihm gegen den unmittelbaren Besitzer zustehenden Herausgabeanspruch nicht geltend zu machen, so kann der Besitzmittler im Falle einer Übertragung des mittelbaren Besitzes sich nicht darauf berufen. Sodann sind unter Umständen dem Besitzmittler Einwendungen abgeschnitten, die er dem alten Gläubiger gegenüber hatte. In § 405 sagt der Gesetzgeber: „Hat der Schuldner eine Urkunde über die Schuld ausgestellt, so kann er sich, wenn die Forderung unter Vorlegung der Urkunde abgetreten wird, dem neuen Gläubiger gegenüber nicht darauf berufen, daß die Eingehung oder Anerkennung des Schuldverhältnisses nur zum Scheine erfolgt, oder daß die Abtretung durch Vereinbarung mit dem ursprünglichen Gläubiger ausgeschlossen sei, es sei denn, daß der neue Gläubiger bei der Abtretung den Sachverhalt kannte oder kennen mußte."

Aber auch alle nach der Übertragung des mittelbaren Besitzes erfolgten rechtlichen Handlungen

[1]) Motive II., S. 130.

des gutgläubigen Besitzmittlers dürfen nicht zum Nachteile desselben ausschlagen; vielmehr müssen sie von dem neuen Besitzer getragen werden, wenn auch das B. G. B. den Übergang des Besitzes schon mit dem Abschlusse des Abtretungsvertrages vollziehen läßt. Das B. G. B. hat nun im § 407 bestimmt: „Der neue Gläubiger muß eine Leistung, die der Schuldner nach der Abtretung an den bisherigen Gläubiger bewirkt, sowie jedes Rechtsgeschäft, das nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, gegen sich geltend lassen, es sei denn, daß der Schuldner die Abtretung bei der Leistung oder Vornahme des Rechtsgeschäftes kennt."

Es sind also Rechtshandlungen, die der unmittelbare Besitzer dem bisherigen mittelbaren Besitzer gegenüber in der Zeit zwischen der Übertragung des mittelbaren Besitzes und der Anzeige vornimmt, gültig, sofern nicht der Erwerber dem Besitzmittler mala fides nachweist. Hat demnach z. B. der unmittelbare Besitzer nach erfolgter Besitzübertragung die den mittelbaren Besitz vermittelnde Sache dem früheren Besitzer herausgegeben, so ist er dem neuen Besitzer gegenüber geschützt, wenn er nur nicht im Augenblicke der Rückgabe der Sache die Übertragung des mittelbaren Besitzes auf irgend welche Weise kannte [1]).

---

[1]) § 407, Abs. 1.

Wie ist es nun, wenn der mittelbare Besitz mehrere Male übertragen worden ist? Da der unmittelbare Besitzer sich einerseits nur durch die Leistung an den wahren Besitzer befreien kann, andrerseits aber auf die schriftliche Anzeige [1]) seitens des bisherigen Besitzers leisten muß, so könnte er in die Lage kommen, noch einmal oder Schadensersatz leisten zu müssen. Denn die Leistung an den zweiten Erwerber würde den Besitzmittler nicht befreien, da der zweite Erwerber nicht mittelbarer Besitzer werden konnte [2]). Da nun aber der nach § 408 gewährte Schutz in diesem Falle nicht ohne weiteres Platz greift, bestimmt das B. G. B. § 408: „Wird eine abgetretene Forderung von dem bisherigen Gläubiger an einen dritten abgetreten, so finden, wenn der Schuldner an den dritten leistet, oder wenn zwischen dem Schuldner und dem dritten ein Rechtsgeschäft vorgenommen oder ein Rechtsstreit anhängig wird, zu Gunsten des Schuldners die Vorschriften des § 407 dem früheren Erwerber gegenüber entsprechende Anwendung.

Das Gleiche gilt, wenn die bereits abgetretene Forderung durch gerichtlichen Beschluß einem Dritten überwiesen wird, oder wenn der bisherige Gläubiger dem dritten gegenüber anerkennt, daß die bereits abgetretene Forderung kraft Gesetzes auf den dritten übergegangen sei."

---

[1]) § 410, Abs. 2.

[2]) Biermann, a. a. O., § 870.

Hat also z. B. der unmittelbare Besitzer die Sache an den zweiten Erwerber herausgegeben, so wird er von seiner Verpflichtung befreit, sofern er zurzeit der Vornahme der den ersten mittelbaren Besitzer schädigenden Rechtshandlung die Übertragung des mittelbaren Besitzes noch nicht kannte. Der zweite Zessionar wird danach unmittelbarer Besitzer, obwohl er vorher keinen Besitz erworben hatte, während der mittelbare Besitz des ersten Erwerbers erloschen ist. Ersterer ist aber dem ersten Zessionar auf Grund des § 816 Abs. 2 zur Herausgabe verpflichtet.

Wir sehen also, daß die Sicherheit der rechtlichen Stellung des neuen mittelbaren Besitzers von der Kenntnisnahme der erfolgten Übertragung des mittelbaren Besitzes seitens des unmittelbaren Besitzers sehr abhängig ist. Erst nach erfolgter Kenntnisnahme[1]) ist der Erwerber gegen Beeinträchtigung seitens des unmittelbaren Besitzers geschützt. Damit ist nun aber der neue Besitzer noch nicht in den Vollbesitz der Gläubigerrechte getreten. Die Berechtigung[2]) zu kündigen, Erfüllung zu verlangen usw. hängt von einer formellen Anzeige der Abtretung ab.

§ 6.

Die juristische Konstruktion der Übertragung des mittelbaren Besitzes.

Durch die Regelung der Übertragung des mittelbaren Besitzes durch Abtretung des dem mittel-

[1]) § 407.

[2]) § 410.

baren gegen den unmittelbaren Besitzer zustehenden Anspruchs auf Herausgabe der Sache hat der Gesetzgeber dem Anspruche auf Herausgabe eine für die Übertragung des mittelbaren Besitzes entscheidende Bedeutung beigelegt.

Die Abtretung des Herausgabeanspruches soll dem Erwerber zu derselben Rechtsstellung verhelfen, wie wenn der mittelbare Besitz nach Maßgabe des § 868 zwischen dem Besitzmittler und dem Erwerber begründet wäre.

Die Abtretung des Herausgabeanspruches wirkt also nicht nur rein obligatorisch, sondern hat sogar quasi dingliche Folgen, denn wie aus § 870 ersichtlich ist, geht sogleich mit der Abtretung dieses Anspruches auch der mittelbare Besitz auf den Erwerber über.

Wie ist nun zu erklären, daß die Abtretung des Anspruches auf Herausgabe den Übergang des Besitzes nach sich zieht? Denn der mittelbare Besitz geht doch unmöglich in dem Herausgabeanspruch auf. Nur Wendt[1]) und Bartels[2]) vertreten jenen Standpunkt, während die herrschende Ansicht[3]) ihn mit Recht mißbilligt.

---

[1]) Wendt, im Archiv für zivil. Praxis, Bd. 87, S. 45—47, Verhandl. des 24. Jur.-Tages, Gutachten, S. 5 u. 6.

[2]) Bartels, Ausführungen z. Besitze in Gruchots Beiträgen, Bd. 42, S. 652 und 659.

[3]) Gierke, Fahrnisbesitz, S. 7, Anm. 15; Strohal, Sachbesitz, S. 19, 20, 29, 59; Cosack, a. a. O. II, S. 63; Plank, a. a. O., § 868; Gaertner, Studien zur Erläuterung des Bürgerl. Rechts, ed. Leonhard, Heft 1—4, S. 145 ff.; Kniep, der Besitz des B. G. B., S. 7 ff.

Wenn ein Anspruch auf Herausgabe die Natur des mittelbaren Besitzes sein sollte, so könnte uns die Lösung der Frage nach der juristischen Konstruktion der Übertragung des mittelbaren Besitzes keine Schwierigkeiten bereiten; denn dann wäre es ja ganz gerechtfertigt, daß die Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe den Besitzerwerb herbeiführt. Indessen sind ihre Ausführungen unhaltbar. Zunächst muß allerdings zugegeben werden, daß wir es mit einem Anspruche auf Herausgabe zu tun haben. Aus der aus § 868 zu entnehmenden Definition des mittelbaren Besitzes ergibt sich für den mittelbaren Besitzer ein Anspruch auf Herausgabe der Sache gegen den unmittelbaren Besitzer; bestätigt wird diese Annahme auch durch § 870, der von der Abtretung des dem mittelbaren gegen den unmittelbaren Besitzer zustehenden Anspruchs auf Herausgabe spricht. Wenn dem nun auch so ist, so sind wir doch noch nicht berechtigt, wie es Wendt[1]) tut, anzunehmen, daß der Anspruch auf Herausgabe Träger des mittelbaren Besitzes ist.

Nebenbei sei bemerkt, daß es sich hier um einen Herausgabeanspruch, nicht etwa, wie Wendt annimmt, um einen Rückgabeanspruch handelt. Von einem Rückgabeanspruch kann deshalb nicht gesprochen werden, weil derjenige, der einen Anspruch auf Rückgabe einer Sache hat, dieselbe schon früher einmal besessen haben muß. Der un-

[1]) Wendt, Bd. 87, S. 45.

mittelbare Besitzer des § 868 braucht aber die Sache garnicht einmal von dem mittelbaren Besitzer erhalten zu haben; in den meisten Fällen hat der mittelbare Besitzer die Sache überhaupt nicht besessen.

Einen Herausgabeanspruch allein kann der mittelbare Besitz nicht enthalten. Wenn derselbe die Natur des neuen Besitzinstituts wäre, so müßten wir doch überall da, wo ein Herausgabeanspruch bestände, einen mittelbaren Besitz des andern haben.

Folgendes aber zeigt das Gegenteil. Der Verkäufer einer Sache ist verpflichtet, dem Käufer die gekaufte Sache zu übergeben oder herauszugeben. Trotz dieses Herausgabeanspruchs hat der Käufer nicht den mittelbaren Besitz, da der Verkäufer ihm gegenüber zum Besitz nicht verpflichtet ist.

Ebenso ist der Eigentümer einer gestohlenen Sache, obwohl er gegen den Dieb einen Anspruch auf Herausgabe der Sache hat, doch nicht mittelbarer Besitzer, da die Erfordernisse des § 868 fehlen.

Nicht der Herausgabeanspruch allein begründet also schon mittelbaren Besitz, sondern, wie aus dem Sinne des § 868 folgt, soll nur dann auch der andere „Besitzer“ sein, wenn dieser Anspruch aus Nießbrauch oder einem anderen der dort genannten Verhältnisse hergeleitet wird, demzufolge der eine mit dem Willen des anderen besitzt; ja selbst dann erhält der andere den Besitz, wenn das Besitzvermittlungsverhältnis nicht zu Recht besteht, also

ein Herausgabeanspruch nicht vorliegt, da schon ein putatives Rechtsverhältnis genügt. Letzteres spricht auch gegen Wendts und Bartels Ansicht, daß der Anspruch auf Herausgabe der Sache der Kern des mittelbaren Besitzes sei.

Daß unsere Behauptung richtig ist, erhellt aber auch daraus, daß der mittelbare Besitz trotz der Fortdauer des Rechtsanspruches endigt. Man denke z. B. an den Fall, daß der unmittelbare Besitzer seinen Besitz auf einen dritten überträgt, ohne seinerseits mittelbarer Besitzer zu werden; der mittelbare Besitz ist untergegangen[1]), der Anspruch auf Herausgabe gegen den bisherigen unmittelbaren Besitzer auf Grund des bisherigen Vertrages dagegen bestehen geblieben.

Ferner müßte der Erwerber nach § 870, wenn der Herausgabeanspruch Träger des mittelbaren Besitzes sein sollte, bei dem Vorhandensein desselben stets den mittelbaren Besitz erwerben. Dem ist aber nicht so. Man nehme nur den Fall an, der mittelbare Besitzer habe seinen Anspruch auf Herausgabe der Sache nach Maßgabe des § 870 abgetreten und im Augenblicke des Vertragsabschlusses werde die im unmittelbaren Besitze des Besitzmittlers befindliche Sache durch dessen Schuld vernichtet, dann hat er den Anspruch auf Herausgabe der Sache übertragen bekommen, aber von Erwerb des mittelbaren Besitzes kann nicht gesprochen werden[2]).

---

[1]) Biermann, a. a. O., § 868; Planck, a. a. O., § 868.

[2]) Klein, der mittelbare Besitz des B. G. B., S. 18.

Für unsere Auffassung spricht auch der Wortlaut des Gesetzes im § 868.

Wenn der mittelbare Besitz sich in einem Herausgabeanspruche erschöpfen sollte, dann verstände man nicht, warum der Gesetzgeber für einen bloßen Anspruch die Bezeichnung „mittelbarer Besitz" gewählt hätte. Er wollte mit diesem Ausdrucke sagen, daß der mittelbare Besitz mehr als ein bloßer Restitutionsanspruch sein sollte [1]).

Aus alledem ergibt sich zur Genüge, daß der mittelbare Besitz nicht in einem bloßen Herausgabeanspruch aufgehen kann. Wie nun Wendt und Bartels zu dieser Annahme gekommen sind, läßt sich leicht erklären, der mittelbare Besitz ist nach ihren Ausführungen, da bei dem mittelbaren Besitzer nie von der Ausübung einer tatsächlichen Gewalt die Rede sein könne, ein fiktiver Besitz [2]). Auch diese Annahme ist nicht richtig. Vielmehr ist der mittelbare Besitzer gleich dem unmittelbaren wahrer Besitzer [3]).

---

[1]) Kniep, a. a. O., S. 8.

[2]) Wendt, Verhandl. d. 24. Jur.-Tages, S. 5 ff.; Bartels, a. a. O., S. 30; Klein, a. a. O., S. 30. Klein hält den mittelbaren Besitz für einen fiktiven, wenn er ihn auch dem unmittelbaren Besitze gleichstellt. Ebenso urteilt Enneccerus-Lehmann, das bürgerl. Recht II, S. 60; „der mittelbare Besitz ist ein wahres Herrschaftsverhältnis, wenn auch ein fingiertes Besitzverhältnis."

[3]) Gierke, a. a. O., S. 70, Anm. 15; Strohal, a. a. O., S. 20; Cosack, a. a. O., S. 63; Planck, a. a. O., § 868; Gärtner, a. a. O., S. 149; Schoen, a. a. O., Diss., S. 16.

Zur Begründung seiner Ansicht meint Wendt[1]) eine compossessio in solidum sei ausgeschlossen und würde nur dazu führen, Konflikte herauf zu beschwören, die unter Doppelbesitzern unvermeidlich seien. Demgegenüber muß eingewandt werden, daß auch schon das römische Recht[2]) eine compossessio plurium gekannt hat. Vor allem beruft sich Wendt auf die Entstehungsgeschichte in seiner Abhandlung[3]): „Der mittelbare Besitz stellt sich dar als ein Institut von zweifelhaftem juristischem Charakter; allerdings hat die Kommission beschlossen, in einigen Beziehungen den mittelbaren Besitz als einen wirklichen zu behandeln. Aber diese Vorschriften sind rein positive, und es kann aus ihnen ein zwingender Schluß auf die Behandlung des mittelbaren Besitzes als eines wirklichen Besitzverhältnisses nicht gezogen werden."

Sind nun bei der Beratung des Entwurfs derartige Anschauungen laut geworden, so ist ihnen doch nicht immer ausschlaggebende[4]) Bedeutung beizulegen; denn es kommen Fälle genug vor, in denen

---

[1]) Wendt, Archiv f. ziv. Praxis, Bd. 87, S. 49; Verh. d. 24. Jur.-Tages, Gutachten, S. 7.

[2]) Dernburg, a. a. O., Bd. III, S. 48. Auch das Pr. A. L. R. kannte schon einen Doppelbesitz; der Eigentümer galt als vollständiger Besitzer, der Besitzmittler als unvollständiger Besitzer.

[3]) Wendt, Verhandl. d. 24. Jur.-Tages, Gutachten, S. 7. Vergl. Protokolle III, S. 332.

[4]) Planck, a. a. O. III, S. 58; Dernburg, a. a. O. III, S. 47; Gaertner, a. a. O., S. 147.

der Theoretiker wie der Praktiker zu einer gänzlich anderen Interpretation gedrängt wird.

Der Wortlaut des Gesetzes spricht vielmehr für die Auffassung, die den mittelbaren Besitz als einen wahren Besitz betrachten will. Denn ausdrücklich sagt das Gesetzbuch im § 868: „— so ist auch der andere Besitzer". Wenn es sich hier um eine bloße Fiktion handelte, so würde es, wie Gierke[1]) treffend hervorhebt, im § 868 heißen: „— so gilt auch der andere als Besitzer". Mit Recht führt Gierke[2]) aus, daß unserer Volksanschauung der Gedanke eines zweifachen Besitzes nicht fremd sei. Wenn nun auch das Volk den Pächter, Mieter etc. als Besitzer im Gegensatze zum römischen Rechte ansieht, so spricht es doch deshalb nicht dem Verpächter, dem Vermieter den Besitz der Sache ab. Schwerlich würde das Volk, wie Gierke mit Recht betont, verstehen, wollte man den Deponenten, der seine Wertpapiere bei einer Bank hinterlegt habe, nicht als Besitzer betrachten. Das B. G. B. hat vielmehr mit Rücksicht auf die Volksauffassung den mittelbaren Besitz geschaffen; und die Volksanschauung faßt diesen Besitz als wahren Besitz entsprechend den wirklichen Lebensverhältnissen auf, denen also die Rechtsordnung nur juristischen Ausdruck verliehen hat.

---

[1]) Gierke, Verhandl. d. 24. Jur.-Tages, Gutachten, S. 36.

[2]) Gierke, a. a. O., S. 32.

Dazu führt uns auch die Tatsache, daß der mittelbare Besitzer, wie die Protokolle[1]) der zweiten Kommission betonen, seine tatsächlichen Beziehungen zur Sache noch nicht vollständig aufgegeben hat. Durch das Rechtsverhältnis, das dem Besitze zu Grunde liegt, wird die Verbindung des mittelbaren Besitzers mit der Sache hergestellt. Auf Grund desselben hat der mittelbare Besitzer noch immer einen Anspruch auf Herausgabe der Sache, der in kürzerer oder längerer Zeit die Sache in seinen unmittelbaren Besitz zurückbringen wird. Weil ferner der mittelbare Besitzer seine tatsächlichen Beziehungen zur Sache nicht vollständig aufgegeben hat, ist ihm auch die Möglichkeit gegeben, in gewissen Beziehungen über die Sache zu verfügen; er kann sie veräußern (§§ 931—934) und mit einem Nießbrauch (§ 1035) oder mit einem Pfandrecht (§ 1205) belasten.

Sodann würde der mittelbare Besitzer, wenn keine tatsächlichen Beziehungen zu der Sache mehr vorhanden wären, mit dem jeweiligen Verluste des unmittelbaren Besitzes seitens des Besitzmittlers stets aufhören zu besitzen. Das ist aber nicht der Fall. So kann sich unter Umständen der mittelbare Besitz zum unmittelbaren verstärken[2]) so z. B. wenn der Pächter nach Ablauf der Pachtzeit von dem Pachtgrundstück abzieht. In diesem Falle verwandelt sich,

[1]) Protokolle III, S. 221.

[2]) Strohal, a. a. O., S. 20; Weidemann, der mittelbare Besitz des bürgerl. Ges., S. 26.

natürlich vorausgesetzt, daß er vom Abzuge an den mittelbaren Besitzer keine Mitteilung gemacht hat, der bisherige mittelbare Besitz des Verpächters von selbst in unmittelbaren Besitz, ohne daß es einer Restitutionserklärung des Pächters oder einer besitzbegründenen Handlung des Verpächters bedürfte [1]).

Aus alledem geht hervor, daß die tatsächliche Gewalt des mittelbaren Besitzers auf Grund des zwischen ihm und dem Besitzmittler bestehenden Rechtsverhältnisses nicht völlig aufgehoben, sondern nur zurückgedrängt ist.

Ist dem nun so, so können wir in dem mittelbaren Besitz nur eine Erscheinungsform wahren Besitzes erblicken und nicht nur eine Fiktion darin sehen, welcher gegenüber der Besitzmittler in allen Fällen so zu behandeln wäre, als wäre er der einzige Besitzer.

Wenn nun auch der mittelbare Besitzer wahrer Besitzer ist, so ist damit noch nicht ohne weiteres gesagt, daß er in jeder Beziehung dem unmittelbaren Besitzer gleichgestellt ist. So herrscht lebhafter Streit darüber, ob dem mittelbaren Besitzer auch die Rechte des § 859 zustehen.

Auf diese Frage wollen wir hier kurz eingehen. Zunächst wollen wir untersuchen, ob der mittelbare Besitzer das Recht der Selbsthülfe gegen dritte Personen hat. Es ist nicht undenkbar, daß dem mittelbaren Besitzer auch die Selbsthülfebefugnis

---

[1]) Strohal, a. a. O., S. 20.

nach § 859 zusteht. Das Gesetz nennt ja im § 868 den mittelbaren Besitzer auch „Besitzer"; dadurch will also das Gesetz sagen, daß es unter Besitz auch den mittelbaren Besitz versteht, soweit es für diesen nicht besondere Ausnahmebestimmungen getroffen hat[1]). Da nun § 859 seinem Wortlaute nach keine Unterscheidung trifft, so haben wir unter dem Besitzer auch den mittelbaren Besitzer zu verstehen. Die Mehrzahl der Schriftsteller[2]) behauptet nun, dem mittelbaren Besitzer sei durch die Regelung des § 869 das Selbsthülferecht entzogen; denn das Gesetz wolle die Besitzschutzrechte des mittelbaren Besitzers im § 869 erschöpfend aufführen und weise nur die Ansprüche aus § 861 und 862 diesem zu. Demgegenüber muß gesagt werden, daß sich aus § 869, wie Planck[3]) mit Recht bemerkt, nicht dessen Zweck, den Besitzschutz des mittelbaren Besitzers erschöpfend zu regeln, entnehmen läßt. Man wird vielmehr Gierke[4]) darin beistimmen, wenn er in dem § 869 eine Vorschrift erblickt, die nur den Zweck hat, die konkurrierenden Besitzansprüche zwischen dem mittelbaren und dem unmittelbaren Besitzer zur Vermeidung etwaiger Streitigkeiten zu regeln. Auf Grund des § 869 können

---

[1]) Planck, a. a. O. § 868; Staudinger, a. a. O. § 868; Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerl. Gesetzb., S. 170.

[2]) Staudinger, a. a. O. § 869; Cosack, a. a. O., S. 82; Krahl, der Besitzschutz nach dem Bürgerl. Gesetzb., S. 54.

[3]) Planck, a. a. O. § 869.

[4]) Gierke, Verh. d. 24. Juristentages, S. 37.

wir somit dem mittelbaren Besitzer die Rechte des § 859 nicht verweigern.

Es ist kein Grund vorhanden, dem mittelbaren Besitzer die Rechte des § 859 nicht zu gewähren. In der Person des mittelbaren Besitzers fehlt es nicht an der Voraussetzung der Zulässigkeit des Besitzschutzes, nämlich der Ausübung verbotener Eigenmacht. Der mittelbare Besitzer hat eine gewisse tatsächliche Machtstellung zurückbehalten, in deren Ausübung er durch Handlung dritter gestört werden kann [1]). Warum soll nun der mittelbare Besitzer nicht des Schutzes teilhaftig werden, wo doch alle Voraussetzungen gegeben sind? M. E. liegt kein Bedenken vor, dem mittelbaren Besitzer dritten gegenüber, die gegen den unmittelbaren Besitzer verbotene Eigenmacht begangen haben, die Rechte des § 859 zu gewähren. Eine unzulässige Einwirkung auf den Besitzstand des unmittelbaren Besitzers wird durch die Ausübung des Selbsthülferechts seitens des mittelbaren Besitzers nicht herbeigeführt. Es kann nur für den Besitzmittler von Vorteil sein, wenn dem mittelbaren Besitzer die Selbsthülfebefugnis nach § 859 eingeräumt wird. Es ist nicht einzusehen, dem mittelbaren Besitzer bloß deswegen die Rechte des § 859 zu verweigern, weil die Protokolle [2]) die Selbsthülfebefugnisse des mittelbaren Besitzers als überflüssig bezeichnet

---

[1]) Weidemann, a. a. O., S. 27 ff.

[2]) Protokolle, Bd. III, S. 226.

haben. Aus diesem Grunde will auch Dernburg[1]) ihm das Selbsthülferecht nicht zusprechen, obwohl er den Besitzschutz hier für wünschenswert hält. M. E. legt er den Materialien hiermit zu große Bedeutung bei. So sehr sie auch bei der Auslegung eines Gesetzes zu betrachten sind, so sind sie doch nicht ohne weiteres als maßgebend anzusehen. Ja die in den Protokollen dem mittelbaren Besitzer gewährten Rechte aus §§ 227 ff. reichen nicht einmal zu seinem Schutze aus. Der § 227 hat nur das Recht der Verteidigung, nicht das Recht, sich wieder in den Besitz der Sache zu setzen. Die Voraussetzungen des § 229 sind viel zu weit, als daß sie den mittelbaren Besitzer vor etwaigem Schaden schützen könnten.

Wir müssen daher, um den Erfordernissen des täglichen Lebens gerecht zu werden, dem mittelbaren Besitzer die Selbsthülfebefugnis nach § 859 zusprechen[2]).

Soll dieses Recht nun der mittelbare Besitzer auch gegenüber dem unmittelbaren Besitzer haben? Gierke[3]) ist dieser Meinung, er erklärt es für unbillig, den mittelbaren Besitzer irgendwie in seinem Besitzschutz schlechter zu stellen, als den unmittel-

---

[1]) Dernburg, a. a. O., S. 74.

[2]) Fischer-Henle, § 869; Weidemann, a. a. O., S. 31; A. M. Staudinger, a. a. O., § 869; Krahl, a. a. O., S. 55.

[3]) Verhandl. d. 24. Jur.-Tages, S. 37; Bekker, Jh. Jahrb., Bd. 34, S. 68; Fischer-Henle, § 869.

baren Besitzer. Dem kann aber nicht beigetreten werden. Man muß hier in Erwägung ziehen, daß dem mittelbaren Besitzer ein Besitzer gegenüber steht, an dessen Person die Besitzschutzrechte von vornherein geknüpft sind. Dieser ist vom Gesetze als der verus possessor hingestellt, dem wir die im § 859 enthaltenen Rechte nicht zu Gunsten des mittelbaren Besitzers nehmen können. Wollte man dem mittelbaren Besitzer das Selbsthülferecht zusprechen, so würde das nur Anlaß zu Konflikten zwischen ihm und dem unmittelbaren Besitzer geben. Es würde, um mit Wendt[1]) zu reden, die occasio maioris tumultus gegeben sein.

Aus diesem Grunde könnte der mittelbare Besitzer nicht das Recht des § 859 haben.

Dem unmittelbaren Besitzer gegenüber kann aber von einer Selbsthülfebefugnis gemäß § 859 seitens des mittelbaren Besitzers um so weniger die Rede sein, als es an der Voraussetzung der Zulässigkeit des Besitzschutzes, nämlich der Ausübung der verbotenen Eigenmacht, fehlt. Nimmt der unmittelbare Besitzer eine Handlung vor, die den Besitzstand des mittelbaren Besitzers gefährdet, so erscheint sie immer nur als eine Verletzung des zwischen dem mittelbaren und unmittelbaren Besitzer bestehenden Rechtsverhältnisses[2]). Solche Übergriffe kann der mittelbare Besitzer nur durch Klage aus

[1]) Wendt, Archiv f. ziv. Praxis, Bd. 87, S. 52.

[2]) Dernburg, a. a. O., S. 73; Krahe, a. a. O., S. 54; Leonhard, a. a. O., S. 75.

dem betreffenden Rechtsverhältnisse abwehren. Daß dem mittelbaren Besitzer die Rechte des § 859 dem unmittelbaren Besitzer gegenüber versagt sind, geht auch aus dem Umstande hervor, daß sonst die Exmissionsprozesse, wie Dernburg[1]) mit Recht bemerkt, überflüssig sein würden. Der Vermieter, der nach Beendigung des Mietsverhältnisses am Gebrauch der Sache dadurch verhindert wird, daß der Mieter die Sache nicht zurückgibt, hat keineswegs das Recht, ihm mit Gewalt die Sache zu entziehen, sondern ist auf obrigkeitliche Hülfe angewiesen.

Somit können wir dem mittelbaren gegenüber dem unmittelbaren Besitzer Selbstschutz nur nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 227—229 ff. gewähren[2]).

Nachdem wir so gesehen haben, daß der mittelbare Besitzer nicht in jeder Hinsicht dem unmittelbaren Besitzer gleichgestellt ist, wollen wir wieder auf die Frage nach der juristischen Konstruktion der Übertragung des mittelbaren Besitzes eingehen.

Ist, wie oben erörtert, der mittelbare Besitz mehr als ein Herausgabeanspruch, wie kann dann gemäß unserer Hauptfrage die Abtretung des Herausgabeanspruches den Erwerb des mittelbaren Besitzes nach sich ziehen.

Bei der Lösung erwachsen uns besonders dadurch Schwierigkeiten, daß der unmittelbare

---

[1]) Dernburg, a. a. O., S. 73.

[2]) Planck, a. a. O., § 869; Staudinger, a. a. O., § 869.

Besitzer nach Maßgabe des § 868 den Erwerber tatsächlich als Oberherrn der Sache anerkennen muß. Deshalb muß zunächst auf diesen Punkt eingegangen werden. Der mittelbare Besitz ist ein durch den unmittelbaren Besitz eines anderen vermittelter Besitz. Dadurch, daß der Besitzmittler auf Grund eines Verhältnisses nach § 868 einen anderen als Oberherrn der Sache betrachtet, erwirbt letzterer den mittelbaren Besitz. Demnach muß der unmittelbare Besitzer anerkennen, daß der mittelbare Besitzer ein fälliges oder befristetes Recht auf Herausgabe der Sache hat und zwar ein Recht, das den unmittelbaren Besitzer nicht bloß persönlich verpflichtet, sondern auch die Sache dinglich ergreift.

Kann nun aber von einer Anerkennung des Erwerbers als Oberherrn der Sache seitens des unmittelbaren Besitzers gesprochen werden, wenn letzterer von der Person des Erwerbers keine Kenntnis hat? M. E. ist dies zu bejahen. Hierfür spricht der § 870. Er besagt: „Der mittelbare Besitz kann dadurch übertragen werden, daß der Anspruch auf Herausgabe abgetreten wird". Danach wird doch vorausgesetzt, daß der unmittelbare Besitzer auch eine Person, die ihm unbekannt ist, als mittelbaren Besitzer betrachten kann, da ja die Kenntnis des Besitzmittlers von der Übertragung des mittelbaren Besitzes nicht gefordert wird. Würde mit der Abtretung des Herausgabeanspruches eine Anerkennung des Erwerbers als Oberherrn der Sache nicht verbunden sein, so würde man wieder

auf den Standpunkt der ersten Kommission gelangen; denn erst mit der Anerkennung des Erwerbers würde der mittelbare Besitz auf ihn übergehen. Der Gesetzgeber hat aber mit der Regelung dieser Bestimmung den früheren Standpunkt, wonach eine Mitwirkung des Besitzmittlers notwendig war, aufgeben wollen und somit zugleich zugegeben, daß auch von einer Anerkennung der Herausgabepflicht des unmittelbaren Besitzers gegenüber dem Unbekannten Erwerber gesprochen werden kann.

Man könnte nun einwenden, im § 870 fingiere der Gesetzgeber den Willen des Besitzmittlers, dem Erwerber gegenüber zur Herausgabe verpflichtet zu sein. Diese Annahme wäre wohl gerechtfertigt, da der unmittelbare Besitzer auch den Erwerber regelmäßig auf Grund des Rechtsverhältnisses anerkennen wird, sofern nur der Erwerber das fortdauernde Recht des Realbesitzers anerkennt; jedoch brauchen wir m. E. nicht nach dieser Fiktion zu greifen. Denn nach § 868 macht der unmittelbare Besitzer nicht deshalb allein den anderen zum mittelbaren Besitzer, weil er für diesen besitzen will, sondern vielmehr, weil er in einem Verhältnis zu dem anderen besitzt, vermöge dessen er diesem gegenüber zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist. Das Verhältnis zwischen dem mittelbaren und dem unmittelbaren Besitzer tritt also nach § 868 in den Vordergrund. Auf Grund dieses Verhältnisses ist ihm nun bekannt, daß er die Sache an denjenigen herauszugeben hat, dem der Anspruch auf Herausgabe der Sache

zusteht. Deshalb geht seine Willensrichtung nicht nur dahin, die Sache fortan für den ersteren als solchen, sondern vielmehr für diejenige Person die Sache zu besitzen, welcher er auf Grund des Rechtsverhältnisses zur Herausgabe verpflichtet ist. Solange er nun dieses Verhältnis anerkennt, betrachtet er auch denjenigen, der den Anspruch auf Herausgabe hat, als mittelbaren Besitzer der Sache, selbst wenn ihm der Erwerber unbekannt ist. Aber auch sonst kommt es vor, daß der unmittelbare Besitzer eine ihm unbekannte Person zum mittelbaren Besitzer macht; so macht z. B. der Nachlaßpfleger, der Sachen mit Nachlaßgeld angeschafft hat, die unbekannten Erben zu mittelbaren Besitzern.

Wir können somit im § 870 auch ohne Annahme einer Fiktion von einer Anerkennung des Erwerbers als Oberherrn der Sache reden, da auf Grund des durch Abtretung des bestehenden Herausgabeanspruches zwischen dem Besitzmittler und dem Erweber zustandegekommenen Verhältnisses der Erwerber von dem unmittelbaren Besitzer als Besitzherr betrachtet wird.

Die Anerkennung des Erwerbers seitens des unmittelbaren Besitzers kann demnach bei der Lösung unserer Frage nicht mehr in Betracht kommen.

Die Lösung ergibt sich nun ohne weiteres aus dem zwischen dem mittelbaren und dem unmittelbaren Besitzer bestehenden Verhältnisse. Jeder mittelbare Besitz beruht auf einem zwischen dem mittelbaren und dem unmittelbaren Besitzer

bestehenden Verhältnisse, vermöge dessen sich der Besitz des Letzteren als ein ihm von dem ersten auf Zeit anvertrauter darstellt[1]). Dieses Verhältnis ist demnach ein Merkmal, das nie fehlen darf. Durch dieses Besitzvermittelungsverhältnis[2]) übt der mittelbare Besitzer noch immer eine Herrschaft über die Sache aus. Diese Herrschaft äußert sich nicht allein darin, daß der mittelbare Besitzer mittels Übertragung des mittelbaren Besitzes über die Sache verfügen kann (§§ 934, 1205), sondern auch darin, daß er dem Unterbesitzer solche Einwirkungen auf die Sache versagen kann, durch welche die Besorgnis einer Verletzung seiner Rechte begründet wird, so z. B. dem Pfandbesitzer (§ 1217), dem Mieter oder Pachtbesitzer (§ 550). Ja in einer großen Anzahl von Fällen des mittelbaren Besitzes ist die körperliche Herrschaft des unmittelbaren Besitzers durch das Verhältnis, auf dem seine Inhabung beruht, so sehr von dem Willen des mittelbaren Besitzers abhängig, daß er derselben zu jeder Zeit zu seinem Gunsten ein Ende machen kann. Das Verhältnis, auf dem der mittelbare Besitz beruht, ist somit das Band, das die fortdauernden Beziehungen des mittelbaren Besitzers zur Sache vermittelt. Da nun auf Grund dieses Verhältnisses sich für den mittelbaren Besitzer ein bereits fälliger oder der Fälligkeit doch entgegengreifender Anspruch auf Herausgabe der

---

[1]) Strohal, a. a. O., S. 59.

[2]) Staudinger, a. a. O., § 868; Leonhard, a. a. O., S. 70.

Sache gegen den unmittelbaren Besitzer ergibt, so kann man auch sagen, daß der Herausgabeanspruch dieses Band darstellt.

Aus diesem Grunde kann daher die Abtretung des Herausgabeanspruches auch als Mittel zur Übertragung des mittelbaren Besitzes verwandt werden, wenn auch der mittelbare Besitz nicht in dem Herausgabeanspruch aufgeht. Denn tritt der mittelbare Besitzer den Anspruch an einen andern ab, so gibt er damit das Band, welches ihn bisher mit der Sache verknüpfte, aus seiner Hand in die des anderen, sodaß infolge dieses Überganges der Erwerber genau das ist, was früher der Abtretende war, nämlich mittelbarer Besitzer.[1])

[1]) Strohal, Jherings Jahrb. 31, S. 46; Biermann, a. a. O., § 870.

II. Die Fälle der Übertragung des mittelbaren Besitzes.

Da die Frage nach dem Wesen der Übertragung des mittelbaren Besitzes entschieden ist, bleibt noch zu beantworten, wann im Gesetze eine solche gegeben ist. Zunächst kann unter Umständen
§ 931. eine Übertragung des mittelbaren Besitzes im § 931 in Frage kommen.

Entsprechend einem allgemeinen praktischen Bedürfnisse, daß dem Eigentümer einer beweglichen Sache auch dann die Möglichkeit gewährt werde, das Eigentum an der Sache zu übertragen, wenn weder er selbst noch derjenige, dem das Eigentum an der Sache übertragen werden soll, oder ein dritter im Besitz der Sache ist, hat der Gesetzgeber im § 931 bestimmt, daß die Übergabe einer Sache, die sich im Besitze eines dritten befindet, dadurch ersetzt werden kann, daß der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe abtritt.

Wir haben es also mit einer Abtretung des Herausgabeanspruches zu tun. Kann deshalb von einer Übertragung des mittelbaren Besitzes gesprochen werden, da auch nach § 870 die Abtretung eines Herausgabeanspruches das Mittel zur Übertragung

des mittelbaren Besitzes ist? Regelmäßig wird indes eine solche Übertragung nicht vorliegen können, da der § 931 zur Übertragung des Eigentums nicht mittelbaren Besitz des Veräußerers erfordert; der Paragraph setzt nur voraus, daß ein dritter im Besitze der Sache ist. Danach braucht also der dritte nicht in einem Verhältnisse zu besitzen, durch welches er den Eigentümer zum mittelbaren Besitzer der Sache macht. Gemäß § 931 braucht der Veräußerer nur seinen ihm als Eigentümer zustehenden Eigentumsanspruch abzutreten, um in Verbindungen mit der Einigung der Parteien über den Eigentumserwerb letzteren herbeizuführen. Da nun aus dem Eigentumsanspruch auf Herausgabe ein mittelbarer Besitz nicht entspringen kann, und auch im Falle des gleichzeitigen Bestehens eines obligatorischen Herausgabeanspruches ein mittelbarer Besitz nicht immer vorliegt, so kann nur in den Fällen eine Übertragung des mittelbaren Besitzes inbetracht kommen, wenn zugleich dem Eigentümer mittelbarer Besitz der Sache zusteht. Liegt nun diese Voraussetzung vor, so handelt es sich auch im § 931 um eine Übertragung des mittelbaren Besitzes[1]). Denn § 931 verlangt zu seiner vollen Wirkung, daß der Eigentümer alle ihm inbetreff der Sache zustehende

---

[1]) Neuburger, Eigentumserwerb, S. 40; Strohal, a. a. O., S. 94; Bernhöft (Enzykl. der Rechtsw. v. Birkmeyer). S. 490; Planck, a. a. O., § 931; Biermann, a. a. O., § 931; R. G., Bd. 52, S. 394.

Macht auf den Erwerber überträgt[1]); infolgedessen muß der mittelbare Besitz auch übertragen werden. Würde die Übertragung des mittelbaren Besitzes nach § 931 nicht verlangt werden, so stände, wie Neuburger[2]) mit Recht bemerkt, das erworbene Eigentum des Erwerbers auf sehr schwachen Füßen; denn dem früheren Eigentümer verbliebe nach Abtretung des Eigentumsanspruches noch sein obligatorischer Herausgabeanspruch und damit mittelbarer Besitz im Sinne des § 868; er könnte eventuell durch nochmalige Anspruchsabtretung dem ersten Erwerber sein Eigentum entziehen und es dem zweiten gutgläubigen Erwerber nach § 934 Abs. 1, Satz 1 übertragen.

Wir haben somit im § 931 auch eine Übertragung des mittelbaren Besitzes, wenn zugleich dem Veräußerer der mittelbare Besitz der Sache zusteht. Indes ist für den Eigentumserwerb der mittelbare Besitz nicht von Belang; denn auch ohne ihn geht das Eigentum sofort mit der Abtretung des Eigentumsanspruches auf den Erwerber über. Von Bedeutung wird der mittelbare Besitz erst beim Eigentumserwerb von einem Nichtberechtigten. Hier zeigt es sich, wieviel es darauf ankommt, daß dem Veräußerer der mittelbare Besitz der Sache zusteht.

---

[1]) Planck, a. a. O., § 931; Staudinger (Kober), a. a. O., § 931.

[2]) Neuburger, a. a. O., S. 31.

Inbetracht kommt der § 934. In ihm werden zwei Fälle unterschieden. **§ 934.**

Fall I: Ist der Veräußerer mittelbarer Besitzer der Sache, so wird der gutgläubige Erwerber mit der Abtretung des Herausgabeanspruches ebenso Eigentümer wie derjenige Erwerber, welcher vom Eigentümer erwirbt.

Fall II: Ist dagegen Veräußerer nicht mittelbarer Besitzer, so wird der gutgläubige Erwerber erst dann Eigentümer, wenn er den Besitz der Sache von dem dritten erlangt.

Danach ist dem mittelbaren Besitz des Veräußerers die Funktion gegeben, sofort mit der Abtretung des Herausgabeanspruches auf den gutgläubigen Erwerber das Eigentum zu übertragen, während beim Nichtbesitze des Veräußerers das Eigentum erst mit der Erlangung des Besitzes seitens des dritten übergeht.

Auch hier fragt es sich, wie der Anspruch auf Herausgabe aufzufassen ist. Unter dem Anspruch auf Herausgabe des § 934 können wir jedenfalls zunächst den Eigentumsanspruch verstehen; denn im § 934 handelt es sich um eine Sache, die nach § 931 veräußert worden ist, und § 931 will insbesondere den Fall regeln, wenn dem Veräußerer kein obligatorischer Anspruch auf Herausgabe zusteht. Natürlich kann hier von einer Abtretung des wirklich bestehenden Eigentumsanspruches im Sinne des § 931 nicht gesprochen werden, da der Veräußerer nach § 934 nicht Eigen-

tümer ist. Daß es sich um diese Abtretung handelt, ergibt auch die Unterscheidung des § 934 selbst; denn wäre der obligatorische Anspruch im § 934 allein gemeint, so käme ein Erwerb von einem Nichtberechtigten, dem kein obligatorischer Anspruch zusteht, nach § 934, Satz 2 nicht inbetracht[1]). Der Ansicht von Biermann[2]) und Staudinger[3]), daß auch im Falle II das Bestehen eines Herausgabeanspruches gefordert werde, ist nicht beizutreten; denn gerade den Fall, wo ein Herausgabeanspruch nicht besteht, wollte der Gesetzgeber durch Fall II regeln. Nur im Falle I muß ein Herausgabeanspruch vorhanden sein, damit er den sofortigen Erwerb des Eigentums wie den im § 931 zur Folge haben kann[4]). In der Tat kann auch im Falle II ein Herausgabeanspruch vorliegen, aber ein wesentliches Erfordernis nach § 934, Satz 2 ist er nicht.

Wir müssen somit nach § 934 die Abtretung eines vermeintlich bestehenden Eigentumanspruches annehmen. Seine Abtretung wird nun jedenfalls zum Eigentumerwerb genügen, wenn der gutgläubige Erwerber den Besitz von dem dritten erlangt hat. Es fragt sich nun, ob auch nach Fall I, d. h. bei einem mittelbaren Besitze des Veräußerers seine

[1]) Meilhaus, Eigentumserwerb . . . Diss. S. 109; Jul. Levy, Voraussetzungen des gutgl. Fahrniserwerbs. Diss. S. 26.

[2]) Biermann, a. a. O., § 934.

[3]) Staudinger, a. a. O., § 934.

[4]) Endemann, a. a. O. II, S. 259; Cretschmar, Sachenrecht, § 934; Gierke, dtsch. Privatrecht II, S. 569; Planck, a. a. O., § 934.

Abtretung für sich allein die Kraft hat, sofort das Eigentum auf den Erwerber übergehen zu lassen. An sich wäre es wohl denkbar, daß der mittelbare Veräußerer dem Erwerber auch durch die Abtretung des vermeintlich bestehenden Eigentumanspruches sofort Eigentum verschaffen könnte [1]), weil man das Bestehen des Besitzverhältnisses als eine ebenso genügende Grundlage für das Vertrauen des Erwerbers auf das Eigentum des Veräußerers wie im Falle des § 932, Abs. 1, Satz 1 den unmittelbaren Besitz des Veräußerers erachtet [2]), während bei einem nicht mittelbaren Besitze des Veräußerers für den Erwerber ein objektiver Grund zu der Annahme, daß der Veräußerer Eigentümer sei, hier fehlt. Nur könnte man sich bei solcher Auslegung nicht erklären, warum der Erwerber bei einem mittelbaren Besitze des Veräußerers so behandelt werden sollte, wie wenn ihm die Sache von dem Veräußerer übergeben wäre. Der mittelbare Besitz des Veräußerers verschafft ihm doch nicht eine größere Macht über die Sache als der Nichtbesitz desselben, da durch die Abtretung des vermeintlich bestehenden Eigentumanspruches der mittelbare Besitz nicht auf den Erwerber übergeht. Der Eigentumanspruch hat, wie Neuburger [3]) mit Recht bemerkt, mit dem mittelbaren Besitze nichts zu tun und steht beiden Arten der in

[1]) Meilhaus, a. a. O., S. 110; Jul. Levy, a. a. O., S. 26; Dernburg, a. a. O. III, S. 291.

[2]) Meilhaus, a. a. O., S. 110; Staudinger, a. a. O., § 934.

[3]) Neuburger, a. a. O., S. 34.

§ 934 veräußernden Nichteigentümer gleich wenig zu, und bloß deswegen den Rechtsnachfolger eines mittelbar besitzenden Veräußerers zu bevorzugen, weil sein Glaube an das Eigentum des Veräußerers durch das zwischen diesem und dem unmittelbaren Besitzer bestehende Rechtsverhältnis bestärkt wird, ist nicht einleuchtend. Daher kann die Abtretung des vermeintlich bestehenden Eigentumanspruches für sich allein nicht den sofortigen Erwerb des Eigentums bei einem mittelbaren Besitze des Veräußerers zur Folge haben. Seine alleinige Abtretung kann nur dann Eigentum verschaffen, wenn der Erwerber den Besitz von dem dritten erlangt hat. Vielmehr ist der Anspruch auf Herausgabe in Verbindung mit dem mittelbaren Besitze zu setzen, d. h. der Anspruch auf Herausgabe ist als der obligatorische aufzufassen, der aus dem zwischen dem mittelbar Besitzenden Nichteigentümer und dem dritten bestehenden Rechtsverhältnisse entspringt, und auf Grund dessen Abtretung nach § 870 der mittelbare Besitz auf den Erwerber übergeht. So erscheint es nun auch ganz natürlich, daß der Rechtsnachfolger eines mittelbar besitzenden Veräußerers dem eines unmittelbar besitzenden Veräußerers gleichgestellt wird. Denn wenn auch auf den Erwerber eine Übergabe der Sache nicht erfolgen kann, so erlangt er doch durch die Abtretung des obligatorischen Herausgabeanspruches einen Besitz, der im wesentlichen der Übergabe gleichwertig ist. Sodann erklärt es sich auch, warum der Rechtsnachfolger

eines mittelbar besitzenden Veräußerers dem eines nicht besitzenden gegenüber bevorzugt wird. Ersterer erlangt nämlich durch die Abtretung objektiv einen Machtzuwachs; er erhält ein Recht, welches nicht bloß den dritten persönlich verpflichtet, sondern auch die Sache dinglich ergreift. Für diese Auffassung sprechen auch die Protokolle [1]) der zweiten Kommission.

Diese besagen: „Anders in dem zweiten Falle, wenn der Veräußerer auf Grund eines Rechtsverhältnisses vom dritten die Herausgabe verlangen kann. In diesem Falle erlangt der Erwerber durch die Abtretung des Herausgabeanspruches eine wirklich rechtliche Herrschaft über die Sache, und die Fähigkeit des Veräußerers, ihm diese Herrschaft zu verschaffen, bildet eine genügende Grundlage für das Vertrauen des Erwerbers auf das Eigentum des Veräußerers wie der eigene Besitz des letzteren.“ Nun ist es doch wohl zweifellos, daß der Erwerber nicht durch die Abtretung des vermeintlichen Eigentumanspruches eine rechtliche Herrschaft über die Sache erlangt. Ebenso ist die Annahme ausgeschlossen, daß der mittelbare Besitz ohne seine Übertragung diese Wirkung haben sollte. Vielmehr kann dem Erwerber eine solche Herrschaft über die Sache nur zuteil werden, wenn ihm ein wirklich bestehender obligatorischer Anspruch auf Herausgabe abgetreten wurde, auf Grund dessen er

---

[1]) Protokolle III, S. 210.

nach § 870 den mittelbaren Besitz erwarb. Daher muß der Anspruch auf Herausgabe als der obligatorische aufgefaßt werden, damit durch dessen Abtretung der mittelbare Besitz auf den Erwerber übergeht. Unser Resultat ist also, daß wir im Fall I [1]) eine Übertragung des mittelbaren Besitzes haben, dagegen im Fall II von vornherein davon nicht die Rede sein kann, da hier ein mittelbarer Besitz des Veräußerers nicht Voraussetzung des Eigentumerwerbs ist.

§ 1205. Auf einen weiteren Fall der Übertragung des mittelbaren Besitzes stoßen wir beim Pfandrechterwerb an Fahrnissachen. Das praktische Bedürfnis erfordert, daß der Eigentümer auch an den im Besitze eines dritten befindlichen Sachen ein Faustpfandrecht bestellen kann, auch wenn es sich nicht um die Sachen handelt, über die er mittelst eines Dispositionspapieres verfügen kann. Daher hat der Gesetzgeber bestimmt, daß die Übergabe einer im Besitze eines dritten befindlichen Sache durch Übertragung des mittelbaren Besitzes und durch die Anzeige von der Verpfändung an den Besitzmittler ersetzt werden soll.

Die bloße Abtretung des Anspruches auf Herausgabe genügt also nicht als Surrogat der Übergabe; vielmehr vermag sie nur dann die Übergabe zu vertreten, wenn sie den mittelbaren Besitz auf den Pfandgläubiger überträgt, da der Pfand-

[1]) Biermann, a. a. O., § 934; Endemann, a. a. O. II, S. 529; Neuburger, a. a. O., S. 34; Planck, a. a. O., § 934.

gläubiger nach dem Begriffe des Faustpfandrechtes in einen Besitz eingesetzt werden muß[1]). Demgemäß kann die Abtretung des Eigentumanspruches oder die Abtretung eines obligatorischen Anspruches, der keinen mittelbaren Besitz zur Folge hat, nicht als Surrogat dienen. In diesen Fällen kann der Eigentümer nur den Anspruch auf Herausgabe verpfänden. Ein Pfandrecht[2]) an der Sache entsteht erst mit der Herausgabe der Sache an den Gläubiger. Aber wenn auch der Pfandgläubiger den mittelbaren Besitz erlangt hat, so hat er doch noch kein Pfandrecht erworben. Als ein notwendiges Erfordernis zu einer rechtsgültigen Verpfändung muß außerdem noch die Anzeige von der Verpfändung an den Besitzmittler hinzukommen. Trotz dieser Übertretung hört aber der Verpfänder noch nicht auf, Besitzer zu sein. Nur wird zwischen ihm und dem unmittelbaren Besitzer der Pfandgläubiger als mittelbarer Besitzer geschoben.

---

[1]) Endemann, a. a. O. II, S. 908; Crome, a. a. O. III, S. 821; Enneccerus-Lehmann, a. a. O. II, S. 345.

[2]) Biermann, a. a. O., § 1205; Planck, a. a. O. III, § 1205.